

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ М. В. ЛОМОНОСОВА
Юридический факультет
Кафедра предпринимательского права

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО: СОВРЕМЕННЫЙ ВЗГЛЯД

Монография

Ответственные редакторы
С.А. Карелина, П.Г. Лахно, И.С. Шиткина

Москва
ЮСТИЦИНФОРМ
2019

УДК 346
ББК 67.404
П71

П71 **Предпринимательское право: современный взгляд:** монография, коллектив авторов / МГУ имени М.В. Ломоносова / отв. ред. С.А. Карелина, П.Г. Лахно, И.С. Шиткина. — М.: Юстицинформ, 2019. — 600 с.

ISBN 978-5-7205-1535-5

Монография подготовлена к юбилею известного российского ученого-правоведа, Заслуженного юриста Российской Федерации, Заслуженного профессора Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, заведующего кафедрой предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктора юридических наук, профессора Евгения Парфирьевича Губина.

Здесь представлены работы учеников, последователей, друзей Евгения Парфирьевича — ведущих ученых, преподавателей, признанных в профессиональном сообществе специалистов. В публикациях рассматриваются актуальные проблемы современной науки предпринимательского права, тенденции и перспективы ее развития, анализируются важнейшие направления предпринимательского законодательства, правоприменительной практики. Значительное внимание уделено соотношению частноправового и публично-правового регулирования современных рыночных отношений, обеспечению баланса интересов их участников.

Монография будет интересна ученым, преподавателям, студентам, практикам, судьям, работникам органов государственной власти и управления, а также всем специалистам, интересующимся проблемами предпринимательского права.

Ключевые слова: предпринимательское право, методология науки, университетский профессор, правовое регулирование, рыночная экономика, государственное регулирование, корпоративное право, институт несостоятельности (банкротства), энергетическое право, инвестиционная деятельность, банковская деятельность, конкурентная политика.

Издание подготовлено при информационной поддержке компаний «Гарант» и «КонсультантПлюс». Нормативные правовые акты приводятся по состоянию на 1 января 2019 г.

УДК 346
ББК 67.404

ISBN 978-5-7205-1535-5



LOMONOSOV MOSCOW STATE UNIVERSITY
Law Faculty
Business Law Department

BUSINESS LAW: MODERN VIEW

Monograph

Edited by
S.A. Karelina, P.G. Lakhno, I.S. Shitkina

Moscow
YUSTITSINFORM
2019

УДК 346
ББК 67.404
П71

П71 **Business law: Modern view:** monograph, a group of authors / Lomonosov Moscow State University / ed. by S.A. Karelina, P.G. Lakhno, I.S. Shitkina. — M.: Yustitsinform, 2019. — 600 p.

ISBN 978-5-7205-1535-5

The monograph is prepared for the anniversary of the famous Russian legal scholar, Honored Lawyer of the Russian Federation, Professor Emeritus of Lomonosov Moscow State University, Head of the Business Law Department of the Law Faculty of Lomonosov Moscow State University, Doctor of Law, Professor Evgeny P. Gubin.

This book contains works of students, followers, friends of Evgeny P. Gubin who are leading scholars, tutors, specialists recognized in the professional community. The publication considers the current problems of modern business law, trends and prospects of its development and analyses the most important areas of business legislation, law enforcement practice. A great deal of attention is paid to the ratio of private law and public law regulation of modern market relations, ensuring the balance of interests of their participants.

The monograph will be of interest to scientists, tutors, students, practitioners, judges, employees of public authorities and management, as well as all professionals interested in the issues of business law.

Keywords: business law, methodology of science, university professor, legal regulation, market economy, state regulation, corporate law, insolvency (bankruptcy) law, energy law, investment activity, banking, competition policy.

The publication was prepared with the information support of "Garant" and "ConsultantPlus". The laws and regulations are as of January 1, 2019.

УДК 346
ББК 67.404

ISBN 978-5-7205-1535-5

Нашему Учителю, Коллеге и Другу
профессору Евгению Парфирьевичу Губину
посвящается

ОГЛАВЛЕНИЕ

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Абросимова Елена Антоновна — заведующий кафедрой коммерческого права и основ правоведения Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, доцент (гл. 3, 3.3.)

Андреев Владимир Константинович — заведующий отделом гражданско-правовых и корпоративных исследований Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик РАЕН (гл. 3, 3.10.)

Афанасьева Екатерина Геннадиевна — доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 1, 1.6.)

Барков Алексей Владимирович — профессор кафедры гражданского права Саратовской государственной юридической академии, профессор департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве РФ, доктор юридических наук (гл. 2, 2.6. в соавторстве с Гришиной Я.С.)

Белицкая Анна Викторовна — доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.17.)

Белых Владимир Сергеевич — заведующий кафедрой предпринимательского права Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации (гл. 3, 3.5.)

Вайпан Виктор Алексеевич — проректор МГУ имени М.В. Ломоносова, доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ, Председатель Московского отделения Ассоциации юристов России, кандидат юридических наук, Почетный юрист города Москвы (гл. 2, 2.5.)

Габов Андрей Владимирович — доктор юридических наук, Заслуженный юрист Российской Федерации, член-корреспондент РАН (гл. 3, 3.6.)

Гаджиев Абдулла Гадисович — юрист компании «Иванян и партнеры» (гл. 1, 1.2. в соавторстве с Гаджиевым Г.А.)

Гаджиев Гадис Абдуллаевич — судья Конституционного Суда Российской Федерации, ординарный профессор Высшей школы экономики (г. Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор (гл. 1, 1.2. в соавторстве с Гаджиевым А.Г.)

Гришина Яна Сергеевна — профессор кафедры гражданского права Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, доцент (гл. 2, 2.6. в соавторстве с Барковым А.В.)

Давидян Гаяне Михайловна — доцент кафедры истории государства и права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук, доцент (гл. 2, 2.7.)

Дойников Игорь Валентинович — профессор кафедры предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор (гл. 1, 1.7.)

Егорова Мария Александровна — профессор кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заместитель председателя исполнительного комитета и председатель комиссии по совершенствованию антимонопольного законодательства Московского отделения Ассоциации юристов России, доктор юридических наук, доцент (гл. 3, 3.9.)

Ершова Инна Владимировна — заведующая кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского госу-

дарственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации (гл. 2, 2.1.)

Ильютченко Наталия Владимировна — доцент кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук, доцент (гл. 3, 3.13.)

Исмаилов Шавкат Махмудович — профессор кафедры экономического, финансового и антикоррупционного права Таджикского государственного финансово-экономического университета, доктор юридических наук, профессор (гл. 1, 1.3.)

Карелина Светлана Александровна — профессор кафедры предпринимательского права, руководитель программы магистратуры по направлению «Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)» Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук (гл. 2, 2.2.)

Кичик Кузьма Валерьевич — доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.12)

Клеандров Михаил Иванович — главный научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент РАН (гл. 1, 1.1.)

Козлова Наталия Владимировна — заместитель декана и профессор кафедры гражданского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор (гл. 3, 3.4.)

Лаптев Василий Андреевич — судья Арбитражного суда г. Москвы, доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета

имени О.Е. Кутафина (МГЮА), старший научный сотрудник сектора предпринимательского права Института государства и права РАН, кандидат юридических наук (гл. 2, 2.4.)

Лаутс Елизавета Борисовна — доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.15.)

Лахно Петр Гордеевич — доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, исполнительный директор НОЦ «Энергетика и право», кандидат юридических наук, доцент, Почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации (гл. 2, 2.3.)

Лескова Юлия Геннадьевна — заведующая кафедрой предпринимательского, трудового и корпоративного права Института права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, доктор юридических наук, доцент (гл. 1, 1.5.)

Ломакин Дмитрий Владимирович — профессор кафедры гражданского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор (гл. 3, 3.1.)

Маркалова Наталья Георгиевна — заведующая кафедрой гражданского и предпринимательского права Всероссийской академии внешней торговли Минэкономразвития России, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.8.)

Молотников Александр Евгеньевич — доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.18.)

Палехова Екатерина Алексеевна — соискатель кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова (гл. 3, 3.16.)

Паращук Сергей Анатольевич — доцент кафедры предпринимательского права, руководитель программы магистратуры по направлению «Конкурентное право» Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова», кандидат юридических наук (гл. 3, 3.11.)

Серова Ольга Александровна — заведующая кафедрой гражданского права и процесса Балтийского федерального университета имени И. Канта (г. Калининград), доктор юридических наук, профессор (гл. 1, 1.8.)

Филиппова Софья Юрьевна — доцент кафедры коммерческого права и основ правоведения Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.2. в соавторстве с Шиткиной И.С.)

Фролов Игорь Валентинович — доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук, доцент (гл. 3, 3.14.)

Харитонова Юлия Сергеевна — профессор кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор (гл. 1, 1.4.)

Шерстобитов Андрей Евгеньевич — профессор кафедры гражданского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук (гл. 3, 3.7.)

Шиткина Ирина Сергеевна — профессор кафедры предпринимательского права, руководитель программы магистратуры по направлению «Корпоративное право» Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук (гл. 3, 3.2. в соавторстве с Филипповой С.Ю.)

Янковский Роман Михайлович — ассистент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 2, 2.8.)

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

БК РФ — Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ; часть третья от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ; часть четвертая от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410; СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552; СЗ РФ. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5496.

Закон об акционерных обществах — Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

Закон о банкротстве — Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

Закон о государственных и муниципальных унитарных предприятиях — Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4746.

Закон о защите конкуренции — Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

Закон об обществах с ограниченной ответственностью — Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

Закон о приватизации — Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» // СЗ РФ. 2002. № 4. Ст. 251.

КоАП РФ — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

Конституция РФ — Конституция Российской Федерации // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

НК РФ — Налоговый кодекс Российской Федерации, часть первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ, часть вторая от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824; СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3340.

УК РФ — Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

УПК РФ — Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. I). Ст. 4921.

Дорогие читатели!

Вы держите в руках книгу, подготовленную к юбилею известного российского ученого-правоведа, Заслуженного юриста Российской Федерации, Заслуженного профессора Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, заведующего кафедрой предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктора юридических наук, профессора **Евгения Парфирьевича Губина.**

Это монографическое издание — коллективный труд учеников, последователей, друзей Евгения Парфирьевича, ведущих ученых, преподавателей, признанных в профессиональном сообществе специалистов. В публикациях рассматриваются актуальные проблемы современной науки предпринимательского права, тенденции и перспективы ее развития, анализируются важнейшие направления предпринимательского законодательства, правоприменительной практики. Значительное внимание уделено соотношению частноправового и публично-правового регулирования современных рыночных отношений, обеспечению баланса интересов их участников, методологии преподавательской деятельности.

Широкий спектр направлений исследования, кругозор авторов этой работы характеризует многоплановость и значение деятельности, которую осуществляет Е.П. Губин как в стенах Московского университета, так и за его пределами.

Работа написана на высоком научном и методологическом уровне. Этот труд свидетельствует о значении научной школы предпринимательского права, в создании которой нельзя переоценить ведущую роль Е.П. Губина.

При последовательном проведении идей школы предпринимательского права непременным достоинством этого издания является комплексность проведенных исследований. Под обложкой этой книги собраны труды ведущих преподавателей целого ряда кафедр нашего факультета — кафедры предпринимательского права, гражданского права, коммерческого права и основ правоведения, уголовного процесса, истории государ-

ства и права. И мне как декану Юридического факультета приятно видеть такое сотрудничество, демонстрирующее единство наших целей, идеологии и методики преподавания. Но не только наши преподаватели, но и преподаватели других российских и зарубежных вузов, известные специалисты-практики участвовали в написании этой монографии.

Не пренебрегая значением научной составляющей этого труда, отмечу его высокий эмоциональный уровень — работа создана с огромной любовью и уважением к юбиляру, друг другу и делу, которое делают его авторы, — развитию российской науки и образования.

С уважением,
декан Юридического факультета
МГУ имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук,
Заслуженный деятель науки Российской Федерации,
член-корреспондент Российской академии образования
А.К. Голиченков



Евгений Парфирьевич Губин

Творческий путь Евгения Парфирьевича Губина

28 апреля 2019 г. исполняется 70 лет со дня рождения известного российского ученого-правоведа, Заслуженного юриста Российской Федерации, Заслуженного профессора Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, члена Ученого совета университета, заведующего кафедрой предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктора юридических наук, профессора **Евгения Парфирьевича Губина.**

На Юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова Е.П. Губин поступил в 1972 г., после службы в Советской армии. Окончил обучение с отличием в 1977 г. и был рекомендован в аспирантуру по кафедре гражданского права. В студенческие и аспирантские годы Е.П. Губин активно участвовал в общественной и научной студенческой жизни факультета и университета, избирался секретарем комитета ВЛКСМ факультета. В 1980 г. он успешно защитил кандидатскую диссертацию на тему «Обеспечение интереса в гражданско-правовых обязательствах» — под руководством д.ю.н., проф. Г.П. Савичева и с 1981 г. был оставлен для работы на кафедре в должности ассистента. Работая на кафедре гражданского права, Е.П. Губин в течение пяти лет одновременно выполнял обязанности старшего преподавателя — начальника курса. В 1988 г. ему было присвоено ученое звание доцента.

8 июня 1989 г. приказом № 507 ректора МГУ академика АН СССР А.А. Логунова на юридическом факультете была учреждена кафедра хозяйственного права и правового регулирования внешнеэкономической деятельности, переименованная Решением Ученого совета университета 28 сентября 1992 г. (протокол № 10) в кафедру предпринимательского права. Кафедру возглавил известный специалист в области гражданского и хозяйственного права, доктор юридических наук, профессор Анатолий Григорьевич Быков. Е.П. Губин со дня основания кафедры работает доцентом, заместителем заведующего кафедрой. Кафедра занималась преподаванием предпринимательского права,

подготовкой молодых ученых, изучением теоретических основ правового регулирования предпринимательской деятельности. С 2001 г. Е.П. Губин — исполняющий обязанности заведующего кафедрой, а с 2004 г. — заведующий кафедрой, которой руководит и в настоящее время. В 2005 г. году Евгений Парфирьевич с успехом защитил докторскую диссертацию по теме «Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства».

Е.П. Губин всегда уделял и уделяет большое внимание развитию юридического образования: на высоком профессиональном уровне выполняет все виды педагогической нагрузки: читает общий курс лекций по предпринимательскому праву, спецкурсы «Теоретические проблемы предпринимательского права», «Теория и практика правового регулирования предпринимательской деятельности», «Основы корпоративного права», «Правовое регулирование рынка ценных бумаг», «Государственное регулирование рыночной экономики: правовые вопросы» и др., ведет семинарские занятия, является руководителем большого количества дипломных и курсовых работ, осуществляет руководство аспирантами и соискателями, является научным консультантом по докторским диссертациям.

За годы руководства кафедрой предпринимательского права Е.П. Губиным было опубликовано более 120 научных и учебно-методических работ (статьи, монографии, комментарии к законам, учебники и др.). В Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова был издан первый в Российской Федерации учебник по предпринимательскому праву «Предпринимательское право Российской Федерации» для студентов образовательных учреждений среднего профессионального образования, обучающихся по специальности «правоведение» (под ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно. М.: Юристъ, 2001; второе издание данного учебника, перераб. и доп. М.: Норма, 2008). Первый учебник в Московском университете для студентов образовательных организаций, обучающихся по направлению подготовки «юриспруденция», квалификация (степень) «бака-

лавр», квалификация (степень) «магистр» (под ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно, М.: НОРМА–Инфра-М) выдержал уже несколько изданий — в 2005, 2010 и 2017 гг. Е.П. Губин является одним из ответственных редакторов практического курса «Предпринимательское право» (М., 2011, 2016, 2017). Е.П. Губин — автор получившей широкое научное признание и высокую оценку профессионального сообщества монографии «Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы» (М., 2005, 2017); «Предпринимательское право в рыночной экономике» (М., 2004), а также других не менее значимых монографических изданий — «Правовое регулирование предпринимательской деятельности в условиях экономического кризиса: опыт России и Германии» (М., 2010), «Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики» (под ред. В.А. Вайпана, М.А. Егоровой. М., 2019) и др. Является соавтором учебника «Корпоративное право» (М., 2007, 2019), учебного курса «Корпоративное право» (М., 2017, 2018), учебного курса «Несостоятельность (банкротство)» (2019). По инициативе Е.П. Губина подготовлен ряд сборников аспирантских и студенческих работ под руководством опытных преподавателей кафедры. Имеются публикации в зарубежных изданиях на иностранных языках.

Под участием Е.П. Губина в 2010 г. была организована первая магистерская программа на Юридическом факультете МГУ имени Ломоносова — «Корпоративное право». В дальнейшем, с переходом на болонскую систему образования, были образованы и активно реализуются еще три магистерские программы: «Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)» — с 2014 г.; «Правовое регулирование предпринимательской деятельности (Право и бизнес)» — с 2015 г.; «Конкурентное право» — с 2015 г. Данные программы с каждым годом привлекают все больше студентов, заслужили доверие работодателей — выпускники этих программ очень востребованы на рынке труда. В апреле 2016 г. Ученым советом факультета утверждена магистерская программа «Энергетическое право».

Е.П. Губиным осуществляется поддержка программ дополнительного профессионального образования, что укрепляет имидж Юридического факультета в профессиональном сообществе. Кафедрой реализуются программы повышения квалификации для специалистов с высшим и средним профессиональным образованием: «Юрист компании»; «Корпоративное право: актуальные вопросы законодательства и правоприменения»; «Институт несостоятельности (банкротства): теория и практика правоприменения».

Нельзя не отметить значение научно-просветительской деятельности Е.П. Губина. Е.П. Губин является главным соредактором журнала «Предпринимательское право», приложения к данному журналу, членом редколлегий журналов «Вестник Московского университета. Серия 11. Право», «Государство и право», «Право и экономика». Евгений Парфирьевич руководит совместно с коллегами по кафедре рядом приоритетных для факультета проектов: «Школа мастеров» для студентов МГУ имени М.В. Ломоносова и студенческого сообщества г. Москвы (с 2015 г.); «Школа права» для школьников 7–10 классов (с 2017 г.); «Академический клуб» для преподавателей факультета (с 2016 г.), «Центр азиатских правовых исследований» (с 2017 г.); поддерживает издание студенческого журнала «ПРИМ» (с 2011 г.); деятельность научно-образовательных центров «Право и бизнес» (с 2013 г.) и «Энергетика и право» (с 2014 г.), «Государственные закупки».

Под руководством Евгения Парфирьевича Губина кафедра предпринимательского права заслуженно занимает первые строки в рейтинге среди других кафедр факультета.

Е.П. Губин имеет активную гражданскую позицию: принимает непосредственное участие в разработке действующего законодательства, является членом научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации, при Арбитражном суде г. Москвы, при Государственной корпорации «Агентство по страхованию вкладов», экспертом Комиссии по совершенствованию антимонопольного законодательства РФ, возглавляет Комиссию Московского регионального отделения Общероссий-

ской общественной организации «Ассоциация юристов России» по правовому регулированию экономической деятельности.

Е.П. Губин имеет тесную связь с практикой, являясь членом ряда постоянно действующих третейских судов, в частности, Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ, участвует в защите прав предпринимателей в судах при рассмотрении особо значимых для российской правоприменительной практики споров.

Под научным руководством Е.П. Губина защищено 27 кандидатских и 2 докторские диссертации. Е.П. Губин является членом диссертационного совета 12.03 МГУ, входит в члены диссертационного совета по специальности 12.00.03. при Институте государства и права РАН РФ.

В интервью студенческому журналу «ПРИМ» Евгений Парфирьевич сказал: «Научный руководитель — это точно не тот человек, который за тебя что-то делает. Наоборот, это тот человек, который заставляет тебя что-то делать.

Научный руководитель совсем необязательно должен быть один на все времена. Передо мной собирательный образ научного руководителя: на втором, третьем и четвертом курсах моим научным руководителем по курсовым работам был профессор В.П. Грибанов; научным руководителем по дипломной работе — профессор С.М. Корнеев; научным руководителем при написании кандидатской диссертации — профессор Г.П. Савичев, а научным вдохновителем в течение всех лет работы на кафедре предпринимательского права юридического факультета МГУ, которой в июне 2019 г. исполнится 30 лет, профессор А.Г. Быков.

И каждому из них я благодарен за мудрость, доброту, требовательность, внимание, человеческое тепло, знания».

Именно таким научным руководителем, ученым и учителем, истинным профессором Московского государственного университета является Евгений Парфирьевич Губин!

ГЛАВА 1.
ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ НАУКИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

1.1. О новых горизонтах науки предпринимательского права

Аннотация. В статье указывается на широкий спектр существующих проблем в науке предпринимательского права. Автор указывает на необходимость принимать во внимание все ускоряющийся темп общественного развития, бурное и активное внедрение научно-технических, социальных и иных достижений в повседневную жизнедеятельность предпринимательских структур.
Ключевые слова: предпринимательское право, экономика, научно-технический прогресс.

Annotation. The article points to a wide range of existing problems in the science of business law. The author draws attention to the need to take into account the accelerating pace of social development, rapid and active implementation of scientific, technical, social and other achievements in the daily life of business structures.
Keywords: business law, Economics, scientific and technological progress.

В последние годы научные исследования в сфере предпринимательского права ведутся широким фронтом и с достаточной степенью глубины. Прежде всего это относится к соответствующим научно-исследовательским структурам — сектору в Институте государства и права РАН, кафедрам в Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова (МГУ). Последнюю из названных (но отнюдь, не последнюю по значимости и эффективности исследований) и возглавляет наш юбиляр — доктор юридических наук, профессор Е.П. Губин, имеющий еще множество научных регалий и иных отличий, в том числе — членство в редакционной коллегии академического журнала «Государство и право».

Вполне успешно Е.П. Губин осуществляет — в той или иной форме — общее руководство (координацию и пр.) ведущимися на возглавляемой им кафедре сотрудниками кафедры, аспирантами и студентами научными исследованиями по многим научным сегментам и институтам науки предпринимательского права.

Но не менее успешны и результативны успехи и достижения Е.П. Губина в исследовании проблем теории и методологии предпринимательского права, корпоративного права, государственного регулирования рыночных отношений в России, правового регулирования иностранных инвестиций, правового регулирования рынка ценных бумаг, защиты прав инвесторов и т. д.

И весьма отрадно, что результаты этих научных исследований Е.П. Губина в различных проявлениях востребованы и в учебном процессе, и в правоприменительной практике, и в законопроектной работе, и в подготовке кадров высшей научной квалификации. Особенно это заметно в тематике журнала «Предпринимательское право», главным редактором (соредактором совместно с И.В. Ершовой и В.Ф. Попондопуло) уже более двадцати лет работает Е.П. Губин[1].

Нет сомнений в том, что и сам юбиляр, и возглавляемый им коллектив кафедры владеют верной методологией в организации и проведении крупномасштабных целевых научных исследований, грамотно планируют их, прогнозируя будущие затруднения и проблемы в народнохозяйственной сфере нашей страны, и в дальнейшем не менее успешно организуют и проводят эти исследования.

Но спектр уже существующих проблем в науке предпринимательского права необыкновенно широк, а арсенал способов их решения чрезвычайно объемен. Нужно при этом принимать во внимание все ускоряющийся темп общественного развития, бурное и активное внедрение научно-технических, социальных и иных достижений в повседневную жизнедеятельность предпринимательских структур — и становящееся все более очевид-

[1] См., напр.: Предпринимательское право. М.: Юрист. 2018. № 3.

ным отставание законодательного и иного нормативно-правового регулирования в векторе этих нововведений.

Поэтому, очевидно, будут не излишними нижеследующие авторские размышления о возникающих на дальнем горизонте проблемах науки предпринимательского права, с которыми с неизбежностью вскоре придется столкнуться, прежде всего, ученым-юристам, специализирующимся на исследованиях в многогранных сферах этой важной и интересной отрасли юридической науки.

Так, по всей видимости, понятие предпринимательской деятельности вскоре предстоит расширить. Сейчас оно, по сути, легально закреплено в ст. 2 ГК РФ и там трактуется как выполнение работ, оказание услуг, изготовление продукции. То есть выполнил, оказал, изготовил и результаты своего труда обменял на деньги (оплатив при этом налоги, произведя всевозможные социальные и иные отчисления и пр.), которые можешь тратить на свои нужды, в том числе — на развитие производства. Это классические товарно-денежные отношения. Но вот появился совсем недавно новый вид деятельности — производство так называемой криптовалюты (блокчейн). То есть само производство уже самих денег — криптовалюты, за непосредственно которую уже сейчас можно кое-что купить. А можно и обменять на рубли или иностранную валюту, но этот обмен в любом случае товарно-денежными отношениями не может считаться. Здесь «деньги — деньги», а товарно-денежные отношения «деньги — товар — деньги» (с плюсом, с прибылью). Но чем производство денег (криптовалюты) непосредственно человеком, а не государством, считать, кроме как предпринимательской деятельностью? Правда, производство любых денег, кроме криптовалюты, непосредственно человеком, а не государством, издавна и во всем мире считается фальшивомонетничеством, уголовно и сурово караемом повсеместно...

Проблема здесь, разумеется, комплексная, но ответ на базовый, стержневой вопрос: производство биткоинов — это предпринимательская деятельность? — должна дать исключительно наука предпринимательского права. Отрицательный ответ

(даже если будет принят федеральный закон, легализующий этот вид производственной деятельности) будет означать, что криптовалюта — это не деньги. Положительный ответ потребует корректировки многих законоположений ряда отраслей законодательства, и не только предпринимательского, что, в свою очередь, потребует предварительной масштабной научной проработки проблемы.

Проглядываются в качестве будущих субъектов права, в том числе и самостоятельной отрасли предпринимательского права, такие высокотехнологические создания, как искусственный интеллект, роботизированные системы и пр. В отечественной научной юридической литературе предлагается (О. Ястребовым из РУДН) наделить их правами электронного лица[2]. То есть появятся, помимо физических лиц и юридических лиц, такие субъекты права, как электронные лица, притом что кое-где за рубежом роботов уже наделили правом полноправного гражданства.

Поступь научно-технического прогресса неумолима, и роботостроение в своем развитии, с обретением роботами какого-нибудь 25-го поколения искусственного интеллекта высокого (высочайшего) уровня электронного мышления, с неизбежностью приведет к преобразованию роботов из объектов права в субъекты права. А начав «вести себя», самостоятельно ставя перед собой задачи и успешно их решая, эти роботизированные системы обязательно создадут качественно новые, по сравнению с нынешними, проблемы перед человечеством, в том числе в сфере предпринимательских отношений. И данную научную проблематику, в частности — в предпринимательском праве, уже сейчас стоит начать разрабатывать. А этот сегмент научной проблематики весьма обширен, он ведь включает и необходимость в будущем полномасштабной специализированной — судебно-

[2] *Ястребов О.А.* Искусственный интеллект в правовом пространстве: концептуальные и теоретические подходы // Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой и международно-правовой анализ: Сб. материалов к XII Ежегодным научным чтениям памяти С.Н. Братуся. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Статут, 2017. С. 271–283.

цифровой — юрисдикции. Что, безусловно, не должно привести к появлению судей-роботов, которые базовую для правосудия категорию справедливости, органичную для человека, не смогут ни запрограммировать, ни реализовать в полном объеме.

Смутно проглядывается еще один институт предпринимательского права. Институт явно из системы предпринимательского права как отрасли науки (не законодательства, тем более не учебной дисциплины). Речь идет о сегментах, правовыми средствами обеспечивающих регулирование отношений в рамках территориальной экономики. Несмотря на то что корни этого регулирования можно обнаружить в еще в совнархозах времен Н.С. Хрущева, как и позже — в форме промышленных узлов, территориально-производственных и агропромышленных комплексов, ни тогда, ни сейчас оно должный понятийный аппарат не обрело. В прошлые времена было ясно: речь идет об оптимальном сочетании территориальных и отраслевых начал в управлении экономикой на определенной территории. В условиях плановой экономики и доминирования государственной формы собственности в народном хозяйстве (а значит — и на определенной территории) это было естественно.

В условиях рыночной экономики с разнообразными собственниками на ограниченной территории прежние подходы не годятся (о решениях проблемы в прошлом, прежде всего — правовыми средствами речь не идет, проблема даже в экономической теории решена не была). Но последние несколько лет, встав во весь рост, она обостряется. И юридическая наука должна сказать здесь свое веское слово. А какая иная отрасль юридической науки, кроме как предпринимательское право, этим делом должна заниматься? Во всяком случае, пока — при любом классифицировании отраслей юридической науки — только названная отрасль.

О чем речь? О появившихся, по историческим меркам — недавно, региональных экономических образованиях: территориях опережающего развития (ТОР) (их в настоящее время 19), особых экономических зонах (ОЭЗ), территориях опережающего социально-экономического развития (ТОСЭР, их 62), специ-

альных административных районах (САР) и т. п. (даже четыре так и не сложившиеся зоны для казино вполне сюда вписываются). С натяжкой сюда можно включить даже две группы субъектов РФ — на Дальнем Востоке и на Северном Кавказе. Специально созданные федеральные министерства по делам этих территорий позволяют подобное включение считать правомерным. В обиходе эти территории именуют внутренними оффшорами. Главной привлекательной для инвесторов (прежде всего, зарубежных) особенностью этих территорий провозглашается особый правовой режим хозяйствования, создаваемый в них.

Вот этот правовой режим (видимо, точнее, пока правовой ландшафт) и есть главное — для науки предпринимательского права. Пока же в плане фундаментального правового обеспечения (создания нужного правового ландшафта) дело у нас обстоит неважно. Например, было принято решение о создании САР на острове Октябрьский в Калининградской области. Начали создавать, и обнаружилось, что такой обособленной административно-территориальной единицы — остров Октябрьский — нет в природе, территория острова Октябрьский входит юридически в качестве неотделенной части в территорию Московского района г. Калининграда. А ведь с вопроса наличия возможности административно-территориального обособления САР и нужно начинать проработку всей модели любого САР. Поскольку на этой — обособленной — территории будет создан льготный правовой режим для ведения предпринимательской деятельности привлекаемыми инвесторами. А для неотчужденной части административно-территориального образования такой режим невозможно создать по определению.

Но и уже созданные, со специальным, льготным правовым режимом, с особым правовым ландшафтом, территориально обособленные экономические образования в подавляющем большинстве случаев привлекательными для инвесторов не становятся. Явно по причине недостаточно эффективного правового режима, созданного для них (и явно дефектной правоприменительной практики, но она и вне этих территорий для предпринимательства — обыденное явление).

Федеральный закон от 29 декабря 2014 г. № 473-ФЗ «О территориях опережающего социально-экономического развития в Российской Федерации» несмотря на несколько дополнений и изменений (последнее из которых от 3 августа 2018 г. № 341-ФЗ)[3], хотя и содержит среди своих 36 статей специальную статью 17 «Особый правовой режим осуществления предпринимательской и иной деятельности на территории опережающего социально-экономического развития», весьма далек от совершенства.

Можно назвать, навскидку ряд недостатков чисто правового характера, но главным из них, по мнению автора, является отсутствие специального организационно-правового механизма защиты прав и интересов инвестора при их нарушении или оспаривании. Любые споры экономического характера на стадии судебного их разрешения на данной территории — это юрисдикция наших арбитражных судов. И эти споры нашими арбитражными судами разрешаются в обычном процессуально-процедурном режиме. А от нашей арбитражно-судебной юрисдикции стремятся убежать в зарубежную даже наши отечественные предприниматели.

Наверняка любой более-менее крупный иностранный потенциальный инвестор перед вложением средств в наш внутренний оффшор тщательно проработает важнейшие для него вопросы: каково законодательство места его предстоящих капиталовложений; каков судебный механизм защиты его прав, если они там будут нарушены, и т. д. И узнав, что в первой половине 2017 г. Генеральная прокуратура РФ выявила существование около ста тысяч законодательных и иных нормативно-правовых актов субъектов РФ и муниципалий, противоречащих федеральному законодательству, но не отмененных и тем самым обязательных к применению арбитражными судами, скорее всего, перенаправит свои инвестиционные устремления в адрес друго-

[3] Федеральный закон от 03.08.2018 № 341-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части упрощения размещения линейных объектов» // СЗ РФ. 2018. № 32 (Часть II), Ст. 5134.

го государства. Туда, где создан и действует специальный — для иностранных инвесторов — механизм разрешения экономических споров, например, в Республику Казахстан.

А ведь институт защиты хозяйственных (ныне предпринимательских) прав издавна был традиционным институтом системы хозяйственного права. И разработка судебного — государственного, а не третейского — механизма разрешения предпринимательских споров с участием иностранных (желательно крупных) инвесторов (и даже — между иностранными инвесторами, «вкладывающимися» в нашу территорию) — вполне посильная задача для науки предпринимательского права. Дело в осознании необходимости решения такой проблемы (и даже предварительно в самом осознании ее существования), а затем — в постановке комплекса задач, решающих эту проблему.

По непроверенной информации, федеральное правительство разрабатывает (или поддерживает идею разработки) концепции специальных инвестиционных судов, звеньев в арбитражно-судебной системе. По большому счету, это потребует серьезной корректировки судоустройственной, судопроизводственной и судейско-статусной составляющих всего организационно-правового механизма российского правосудия. Точечными изменениями законодательства здесь явно обойтись не получится. Значит — потребуется серьезная научная проработка этих нововведений. Отсутствие которой вкупе, вероятно, с иными причинами привели к несостоятельности при исполнении решения о создании Международного финансового центра (в г. Москве), принятого в 2012 г., где в качестве специального судебного механизма разрешения экономических споров с участием иностранных инвесторов предполагалось ограничиться созданием отдельного судебного состава в Высшем Арбитражном Суде РФ. А вот в Республике Казахстан решение о создании Международного финансового центра (в г. Астане), принятого недавно, сопровождается решением о создании специального Международного суда для разрешения экономических споров с участием иностранных инвесторов. И это — не третейский суд, поскольку параллельно с ним решено создать при названном Международ-

ном финансовом центре и Международный третейский суд. Но при этом названный Международный суд для разрешения экономических споров при Международном финансовом центре, дислоцирующийся в г. Астане, не будет входить в судебную систему Республики Казахстан.

И еще один потенциальный субъект предпринимательского права буквально «стучится» в двери предпринимательского законодательства, а соответственно — в основополагающие начала науки предпринимательского права. Речь идет о так называемых самозанятых, которых иначе как предпринимателями посчитать никак нельзя. От легальных индивидуальных предпринимателей без образования юридического лица — классического, традиционного субъекта предпринимательского права — их принципиально отличает одно: они нелегитимны, не зарегистрированы в установленном законом порядке. Но ведь и закона, устанавливающего порядок их регистрации, как и определяющего их правовой статус, пока нет. А судя по многочисленным публикациям в СМИ, легализацией самозанятых, официализацией их правового статуса, прежде всего, озадачены налоговые органы, преследующие чисто фискальные интересы.

При этом налогообложение той основной массы самозанятых предпринимателей, которые проживают и осуществляют предпринимательскую деятельность в городах и иных более-менее крупных населенных пунктах (выполняют работы, оказывают услуги, выпускают продукцию), представляется нормальным, естественным явлением. Если, конечно, размеры налогов и иных обязательных неналоговых платежей будут разумными, как разумным будет и администрирование этих налогов и неналоговых платежей.

Но вот приравнивание к данной группе налогоплательщиков тех самозанятых предпринимателей, которые проживают в малых отдаленных сельских поселениях, где никакой работы нет, где единственное градообразующее предприятие — похоронное бюро (и то, если оно там есть), где ведение любой — по сути, а не по форме — предпринимательской деятельности (сбор грибов, ягод и иных дикоросов, охота и рыбалка, ремесленные подел-

ки и пр.) есть единственный способ элементарного выживания, в чем государство не оказывает совершенно никакой помощи, представляется абсолютно неверным.

Именно таких (такой группы) самозанятых предпринимателей и так мало, и с сокращением числа «вымирающих деревень» их все становится меньше. Тенденция отчетлива — огромные территории нашей страны (прежде всего на востоке севернее Транссиба) все более обезлюживаются. И обложение даже минимальным налогом проживающих там самозанятых граждан этот процесс ускорит. Наоборот, государство должно этим гражданам выплачивать своеобразный налог (следует, видимо, ввести понятие «налог с обратным знаком») с единственной целью: чтобы данные граждане не уезжали из этих отдаленных сельских поселений. Даже превращение их части из самозанятых предпринимателей в государственных трудоспособных иждивенцев (а это, в том числе, проблема социальной психологии) — меньшее зло по сравнению с полным обезлюдением громадных площадей на территории нашей страны.

Научная проработка обозначенных выше проблем — важная, злободневная и явно интересная задача для науки предпринимательского права.

Библиография:

1. Предпринимательское право. М.: Юрист. 2018. № 3.
2. *Ястребов О.А.* Искусственный интеллект в правовом пространстве: концептуальные и теоретические подходы // Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой и международно-правовой анализ: Сб. материалов к XII Ежегодным научным чтениям памяти С.Н. Братуся. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Статут, 2017.

1.2. Система способов защиты гражданских прав и ее цивилистическая, конституционно-правовая и экономико-правовая рефлексия

Аннотация. В статье исследуется система способов защита гражданских прав, закрепленная в ст. 12 ГК РФ. Авторы представляют необходимым и возможным создание правовой модели, которая охватывала бы все возможные способы защиты гражданских прав. Используя исторический, системный метод, разработки науки логики и философии, авторы приходят к выводу, что способы защиты основаны на применении общеправового принципа пропорциональности и принципа равного правонаделения.
Ключевые слова: правовая система, принципы права, защита прав, правовые средства.

Annotation. The article examines the system of ways to protect civil rights enshrined in article 12 of the Civil code. The author considers it necessary and possible to create a legal model that would cover all possible ways to protect civil rights. Using the historical, systematic method, development of science of logic and philosophy, the author comes to the conclusion that the methods of protection are based on the application of the General principle of proportionality and the principle of equal law.
Keywords: legal system, principles of law, protection of rights, legal means.

1. Социальная ценность частного права во многом детерминируется тем, что оно основано на таких базовых постулатах, как идея частной автономии, свобода экономической деятельности (свобода договора), и обусловленных ими особых способах защиты нарушенных прав, регулируемых гражданским законодательством. Обычно система способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ) рассматривается только в одном ракурсе — с точки зрения цивилистической догматики.

В статье предлагается иной, стереоскопичный взгляд на нее, включающий конституционно-правовую и экономико-правовую научную рефлексию.

2. Учение о способах защиты нарушенных субъективных гражданских прав является результатом так называемой юридической логики и составляет часть цивилистической догматики. Оно появилось как элемент пандектной системы гражданского права, одним из создателей которой был Г. Пуфендорф и которая предполагает разделение всего корпуса норм гражданского права на нормы, составляющие общую часть и особенную часть.

Исследования, проведенные замечательным русским философом права Е.В. Спекторским, свидетельствуют о том, что первым идею разделения на общую и особенную часть предложил профессор Иенского университета Эдгар Вейгель, который был учителем как Г. Пуфендорфа, так и Лейбница[4]. Первоначально Вейгель преподавал геометрию, когда же он волею судьбы стал преподавать гражданское право, он решил построить свой курс по той же методике, по которой он преподавал геометрию Евклида. Вейгель обладал универсальными знаниями, он был и математик, и астроном, и юрист и был поглощен мыслью о единстве человеческого знания, об универсальности и общеприложимости математических методов познания. Поэтому он решил доказать возможность сближения отдельных, дотоле разрозненных наук. Это он вызвал тот самый «спор факультетов», который возник из-за попыток пересоздания наук и изменения методов их изучения. В результате даже возник скандал — философский факультет Йенского университета объявил, что он отказывается терпеть в своей среде ученого, нарушающего привычные границы между науками, преподающего их совершенно новым способом, основанным на чрезмерном увлечении principiis geometricis. Между тем «спор факультетов» можно рассматривать как одну из первых в юриспруденции дискуссий по юридической эпистемологии.

Так произошло проникновение когнитивных идей из геометрии в область права. Есть много общего между арифметиче-

[4] *Спекторский Е.В. Эдгар Вейгель* — забытый рационалист XVII века. Варшава. 1909.

ским действием, которое называется извлечением общего корня из числа, и формированием системы способов защиты прав в общей части гражданских кодексов.

Перечисление абстрактных способов защиты прав в ст. 12 ГК РФ является извлечением из специальных норм о способах защиты вещных (ст. 302 и 305), корпоративных (ст. 65^2), обязательственных (ст. 307^1, 308^3), личных неимущественных (ст. 150–152^2) и исключительных прав (ст. 1250).

Но является ли перечисление способов защиты гражданских прав в ст. 12 ГК РФ действительно системой, или же это своего рода инкорпорация или просто систематизация?

Системный анализ в области правовых исследований давно уже стал частью цивилистической методологии, являющейся частным случаем общей методологии систем[5]. Естественно, что система способов защиты прав, равно как и система объектов гражданских прав, являются частями более крупной системы — системы гражданского права, включающей в себя и систему объектов гражданских прав, и систему источников гражданского права. Сравнение интересующей нас системы способов защиты с системой объектов гражданских прав не случайно, оно продиктовано тем, что в отечественной цивилистике есть прекрасные исследования именно этой системы[6]. В.А. Лапач выдвинул гипотезу о том, что объекты гражданских прав — это иерархически структурированная ***система*** правовых понятий, структурно упорядоченное системное целое, обладающее собственным качеством и относительной самостоятельностью (устойчивостью) по отношению к составляющим его частям.

Эта система в ст. 128 ГК РФ представлена видами объектов гражданских прав; к объектам гражданских прав относятся: вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; результаты работ и оказания услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага. Системный

[5] См.: *Могилевский В.Д.* Методология систем. М., 1999.

[6] *Лапач В.А.* Система объектов гражданских прав. СПб, 2002.

характер этой правовой модели объектной действительности проявляется прежде всего в том, что она «накрывает» собой весь возможный спектр реалий, по поводу которых складываются отношения, образующие предмет гражданско-правового регулирования.

Рассуждая по аналогии, почему бы не создать такую правовую модель, системную по своей природе, которая охватывала бы все возможные способы защиты гражданских прав? Полагаем, что это и возможно, и необходимо, но только с той оговоркой, что ст. 12 ГК РФ не является полным описанием этой системы. Собственно, правило открытого перечня способов защиты, содержащееся в последнем абзаце этой статьи — в словах «иными способами, предусмотренными законом», предполагает, что есть и иные способы защиты гражданских прав. Но всегда ли эти способы «предусмотрены законом», имея в виду, что в соответствии с легальным толкованием понятия «закон» в тексте ГК РФ (абз. 1 п. 2 ст. 3 ГК РФ) под законом понимаются только «Гражданский кодекс и принятые в соответствии с ним иные федеральные законы..., регулирующие отношения, указанные в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса».

Как и система объектов гражданских прав, система способов защиты гражданских прав, помимо поименованных в ст. 12 ГК РФ способов защиты, должна включать в себя не только весь возможный спектр способов защиты, сложившихся в правовой реальности (а не только предусмотренных в гражданском законодательстве), но и правила их применения. Идея, которая аргументируется в настоящей статье и которая является основной, состоит в том, что в правовой реальности спонтанно складываются не только новые способы защиты гражданских прав, но и принципы их применения. Во многом эти принципы являются результатом конституционализации гражданского законодательства.

В авторский замысел входит также рассмотрение системы способов защиты гражданских прав не только с позиций цивилистики как науки, но и в иных ракурсах или аспектах, которые не принято применять в науке гражданского права, но ко-

торые получили признание в конституционном праве и в новой исследовательской междисциплинарной программе, именуемой «Право и экономика». Новые методы, применяемые к изучению реально существующих способов защиты гражданских прав, по нашему глубокому убеждению, расширяют предметное поле науки гражданского права, обогащают его новыми познавательными структурами. В частности, в статье будет использоваться идея об особом «договорном мышлении». Собственно, его изучение относится к предмету изучения юридической эпистемологии, являющейся частью философии права. Однако мы согласны с мнением М.Н. Семякина о том, что «современная частноправовая доктрина, как и в прошлое время, связана, главным образом, с догматическим направлением ее развития, которое в нынешних условиях находится далеко не в лучшем состоянии. Для прояснения ее "внутренней истории", состояния и перспектив развития необходима профессиональная и философская рефлексия — пусть и крайне ***болезненная***, но она является необходимым условием адекватного сознания современного *status quo* частноправовой науки»[7].

Но почему такая рефлексия может оказаться болезненной? По всей видимости, своего рода стереоскопическая рефлексия позволяет обнаружить дефекты в тех правовых моделях и конструкциях, которые традиционно сложились в цивилистике. На примере цивилистического учения о способах защиты мы пытаемся доказать, что применение только цивилистической методологии иногда формирует устаревшие, упрощенные правовые модели.

Если перейти на язык образов, то традиционную догматическую (метафизическую) цивилистическую методологию можно сравнить с тем, что видит человек, что называется, невооруженным глазом. Но если он использует новые методы исследования, скажем, томографические, то он начинает видеть то, чего не видел раньше. Так и в праве — изменение ракурса юридического анализа, к примеру, подключение к исследованию системы

[7] *Семякин М.Н.* Частное право: философские и исторические основания и проблемы современной цивилистической доктрины. М. 2014. С. 3.

способов защиты гражданских прав познавательных структур, выработанных наукой конституционного права, или же переход в иной «исследовательский регистр», то есть использование междисциплинарных методов познания «Права и экономики», позволяет увидеть то самое невидимое.

Во многом настоящая статья близка той исследовательской парадигме, которую развивает А.Г. Карапетов[8] в своей работе о моделях защиты гражданских прав и немецкие ученые К. Отт и Х.Б. Шефер[9].

Методология системного исследования в качестве одного из своих постулатов предполагает, что любое системное правовое целое образует единство в результате структурной упорядоченности его частей, определяющей их функциональные зависимости, то есть взаимодействие между элементами системы (Лапач В.А. С. 173). Этим эта методология отличается от методологии догматической цивилистики, которая ограничивается лишь статикой, классификацией и систематизацией способов защиты. Как они взаимодействуют между собой, в силу каких причин происходит динамика в способах защиты той или иной категории субъективных гражданских прав, как правило, остается за рамками традиционных цивилистических исследований. Сконструированные в цивилистике научные рамки, или же картины восприятия реальности, оказываются чрезмерно фикционными, упрощенными, лишенными динамики, всегда присутствующей в правовой реальности. Становится ясно, что наука гражданского права не может ограничиваться констатацией того, что ею выработан «рай юридических понятий» (Р. фон Иеринг), необходимо иметь познавательные методы и структуры, объясняющие такие феномены, как изменение способов защиты права частной собственности во времени, почему модель абсолютной защиты этих прав заменена моделью относительно абсолютной защиты, или почему защита личных неимуще-

[8] *Карапетов А.Г.* Модели защиты гражданских прав // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 11.

[9] *Claus Ott, Hans-Bernd Sch fer.* The Dichotomy between property rules and Liability Rules: experiences from German Law.

ственных прав развивается по противоположной параболе — от неполной, относительной защиты к практически абсолютной?

Вышеизложенное ни в коем случае нельзя воспринимать как непочтительное, а потому и недопустимое для любого цивилиста отношение к красоте синтетических моделей защиты нарушенных субъективных прав, которые заключены в ст. 12 ГК РФ. Е.В. Спекторский часто повторял слова Лейбница, который, характеризуя прогресс каждой науки, сформулировал и верную, и одновременно парадоксальную мысль: les sciences s'abregent en s'augmentant (науки, разрастаясь, сокращаются)[10]. Этим он хотел подчеркнуть, что если начинающая наука еще теряется среди массы отрывочных явлений и научных рефлексий, то «взрослая» наука уверенно ориентируется в этой массе созданных с помощью логики обобщений, абстракций, фикций и синтезирующих идей. На определенной стадии развития цивилистики произошел прорыв от отдельных норм к синтетическим принципам. Каждый из способов защиты прав, перечисленных в ст. 12 ГК РФ, является такого рода синтетическим принципом, каждый из них находится во взаимодействии с другими в ***системе*** способов защиты, а поэтому необходимо вырабатывать принципы такого взаимодействия. Как писал Е.В. Спекторский, в области права, в отличие от физической, видимой реальности, происходит двоякий процесс: один в рефлексии по поводу того, что происходит в динамике социальных отношений, другой — в изменениях самой социальной жизни, которая постоянно совершенствуется, упорядочивается (что фиксируется в концепции естественного права, являющегося протоправом). Но такой же процесс происходит в том самом искусственном мире юридических идей, который создан юридическим гением человечества, в юридической картине мира социальных отношений.

Получается, как писал Б. Спиноза, порядок вещей и порядок идей, и два ряда синтетических систем — системы реальной

[10] *Спекторский Е.В.* Теория солидарности: Доклад, прочитанный 14.12.1915 г. в Саратове в соединенном заседании Киевского и Саратовского юридических обществ // Юридический вестник. 1916. Кн. 13.

жизни и системы идей. При этом система юридических идей может и опережать систему реально сложившихся социальных отношений.

Система идей может выстраиваться с одной единственной целью: построить наряду с реальностью социальных связей (первая реальность) вторую реальность — реальность онтологико-правовую, реальность юридического мира. Но при этом вторая реальность решает не только онтологическую реальность. Поскольку ее целью является не только отобразить мир, но и преобразовать его, исходя из сконструированных ценностей (изучаемых аксиологией), система юридических идей относится к области деонтологии, то есть к наукам не о сущем, но о должном, то есть то, что является обязательным в социуме.

Как нам кажется, Е.В. Спекторский еще в начале XX века сформулировал проблему того, как же правовая система может развиваться, если ее рассматривать только как замкнутую от других систем регулирования в обществе, то есть предельно автономную систему (в духе Г. Кельзена).

Юридические науки, в частности цивилистика, которые имеют дело с отношениями и нормами, возникшими спонтанно в ходе товарообменных операций, и которые не просто объективно действуют, но и являются обязательными, занимают промежуточное место между «социологическими» системами идей, отражающими жизнь такой, как она есть, и морально-юридическими системами, которые предписывают, какими отношения в социуме должны быть. Таким образом, юридические науки находятся в середине того спектра, который состоит из крайних точек в виде систем социологических идей и систем деонтологических.

Юридические науки, с одной стороны, изучают реально сложившийся порядок организации обменных отношений. С другой стороны, они исследуют нормы долженствования, универсальные деонтологические абстрактные принципы, предписывающие (в свернутом виде) субъектам права обязательное поведение. Юридические науки постоянно изучают общие синтетические принципы права, и в поисках новых пластов юридического содержания в них они вынуждены обращаться к

внутренней логике социума, к внутренней логике всей системы законодательства, к внутренней логике рынка, политики, этики. При этом юриспруденция вынуждена вступать во взаимодействие с идеями, которые формулируются экономической теорией, политологией, историей, этикой, социологией, психологией. Как только в социуме появляется потребность в новой системе идей, к примеру, в идее солидарности, так сразу же начинаются глубокие изменения в юридических науках.

3. Эта гипотеза может быть проверена на примере динамики в системе способов защиты нарушенных гражданских прав. Воспользовавшись результатами анализа, осуществленного Оттом и Шефером, мы на примере способов защиты вещных и исключительных, а также личных неимущественных прав попытаемся описать динамичную, а не статичную систему способов защиты гражданских прав.

В своем исследовании Клаус Отт и Ханс-Бернд Шефер опираются на широко известную классическую статью Г. Калабрези и Д. Меламеда[11], которые создали остроумную познавательную структуру, определяющую, при каких обстоятельствах, с точки зрения экономической эффективности, вещные права (право собственности) необходимо защищать всеми возможными способами правовой защиты, причем не только известными гражданскому праву, но и способами защиты, известными в других отраслях права, включая и уголовное право (своего рода комплексы способов защиты), а при каких — право собственности можно защищать только с помощью одного способа защиты, и это возмещение убытков.

Из трех моделей (режимов) защиты права собственности, предложенных Калабрези и Меламедом, сфокусируемся на двух основных: это модель абсолютной (повышенной) защиты (property rule) и модель ответственности с помощью возмещения вреда (liability rule).

Первая модель описывает тот правовой режим защиты, когда законодательство в целом предусматривает многочисленные

---

[11] *Calabresi G. and Melamed A.D.* Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. 1972.

способы защиты, как материально-правовые, так и процессуально-правовые, как частноправовые, так и публично-правовые, которые направлены на то, чтобы исключить возможность отчуждения у правообладателя его права без вступления с ним в соглашение (договор). Только при достигнутом взаимном соглашении происходит отчуждение права собственности. При этом важным является тот момент, что преимущество этого режима состоит в том, что собственник сам оценивает стоимость принадлежащего ему субъективного права, ибо он определяет, по какой цене он согласен его уступить. В данном случае второе лицо находится в зависимости только от воли правообладателя. Особенно важен этот правовой режим, когда необходимо эффективно защитить так называемые мериторные блага, в случае утраты которых индивидуальные рыночные решения (оценки) не учитывают привязанность, субъективную ценность какого-то блага. Может ли рыночный механизм оценить душевные страдания от похищения старой отцовской деревянной теннисной ракетки?[12]

Посредством первой модели можно защитить не только право собственности и другие вещные права, но и исключительные, и личные неимущественные, и даже обязательственные права[13]. Правообладатель при этой модели защиты права может даже предотвратить попытку нарушения его права с помощью судебного запрета. В частности, в ст. 1065 ГК РФ установлено, что только опасность (риск) причинения вреда в будущем может явиться основанием к иску о запрещении деятельности, создающей такую опасность. Модель повышенной защиты является наиболее предпочтительной для правообладателя, поскольку она является гарантией принципа автономии, являющегося ядром системы систематических принципов частного права. Принцип автономии в «Праве и экономике», в отличие от цивилистики, предполагает модель абсолютной правовой защиты не

[12] См.: *Гвидо Калабрези.* Будущее право и экономика. М., 2016. С. 81–135.

[13] В абз. 3 п. 1 ст. 1064 ГК РФ установлено, что законом или договором может быть установлена обязанность причинителя вреда выплатить потерпевшим компенсацию сверх возмещения вреда.

только вещных прав, но и других категорий субъективных прав. Абсолютность при этом понимается как естественное для частного права расширение индивидуальной автономии.

Вторая модель защиты не обладает таким широким спектром способов защиты прав, как в первом случае. Правообладатель не может предотвратить потенциальную угрозу нарушения своего права (например, посредством судебного запрета), он может только взыскать убытки. Но тогда вместо самостоятельной оценки стоимости нарушенного права он получает лишь право на компенсацию, при этом ее размер зависит от усмотрения органа публичной власти — суда. В сферу индивидуальной автономии, то есть чистого частного права, вклинивается публичная власть. В данном случае интерес представляет фокусировка на тех ситуациях, когда один правообладатель причиняет ущерб, но он не может его не причинять, причем предполагается, — парадокс! — что ущерб является социально приемлемым, и за него необходимо выплатить компенсацию, но при этом возникают взаимные ***экстернальные*** эффекты.

Идея о внешних экстернальных эффектах, появившаяся в работах Рональда Коуза[14], оказалась революционной.

Нельзя тут не вспомнить высказывание выдающегося современного немецкого ученого Никласа Луманна, который констатирует, что различие экстернализированных и итернализированных расходов (издержек) «вызвало ряд сильнейших эффектов». Достаточно назвать переход от ответственности производителя за ущерб, причиненный его товарами, к *product liability*. Этот переход, революционизирующий американское гражданское право, исходит из предпосылки, что тот, кто вводит технику в действие, лучше других может калькулировать возможный риск и интернализировать расходы[15].

То, что ученые-экономисты и специалисты в области «Права и экономики» называют экстернальными эффектами, в юриди-

[14] См.: *Капелюшников Р.И.* Экономическая теория прав собственности. М., 1989. С. 21.

[15] *Луманн Н.* Экологический риск и политика // Политическая философия в Германии. М., 2005. С. 239.

ческом сознании вызывает ассоциацию с известным со времен римского права «соседским правом». Возьмем в качестве примера деятельность промышленного предприятия, которая связана с выбросом вредных веществ в атмосферу, причиняющих ущерб находящимся рядом фермерам — «соседям». Попытка «купить» у соседей право на загрязнение может оказаться тщетной в связи с высокими трансакционными издержками, неизбежно возникающими при достижении соглашений со всеми «соседями», так что уважение принципа автономии обернется для общества необходимостью заблокировать все потенциально опасные, но при этом социально необходимые виды деятельности, начиная с паровозов. Потенциальные «жертвы» от деятельности, связанной с экстернальными эффектами, с помощью права вето, опираясь на первую модель защиты прав, могут остановить не только паровоз, но и технический прогресс. Выходит, что не только предприятие причиняет вред соседям, но и они причиняют ему вред, требуя установить системы очистки воздуха. В этом состоит социальная желательность этой деятельности. Необходимость найти разумный компромисс между теоретически равноценными правами частных собственников, собственника завода — «загрязнителя» и «соседей» — жертв загрязнения, привели к тектоническим сдвигам в современном праве, и он выразился в релятивизации тех способов защиты, которые считались абсолютными. Общество вынуждено не запрещать вредоносную деятельность, но при этом цена компромисса определяется ценой компенсации «соседям». Вторая модель защиты прав — правило ответственности с помощью возмещения вреда, предполагающее увеличение объема вмешательства публичной власти в частные отношения, ранее осуществлявшиеся на началах автономии, подверглась тем самым ***публицизации.*** Это и есть результат признания новых социальных идей — идей солидаризма в частном праве. Кодекс Наполеона с его лозунгом абсолютной защиты права частной собственности начал корректироваться судебным правом. Процесс превращения абсолютных прав собственности в «менее абсолютные» не был замечен даже в Германском гражданском уложении, в § 905 которого было закреплено

«право собственности на земельный участок распространяется как на пространство, находящееся над поверхностью, так и на недра земли».

Вторая модель защиты прав не только защищает интересы владельца источника вредоносной, но социально необходимой деятельности, но и вводит возможность оборота (трансфера) нарушаемых прав на основе допущения государством нанесения вреда по цене, определяемой публичной властью вместо самих участников деликтного отношения. Так появилась ясная, понятная познавательная структура, объясняющая процессы, происходящие внутри системы защиты гражданских прав.

Ценность предложенной Калабрези и Меламедом трехчленной классификации способов защиты состоит в том, что имущественные отношения, которые кажутся одинаковыми с точки зрения цивилистики, различны в зависимости от той модели правовой защиты, которая избрана государством. Субъективное право собственности, защищаемое по первой модели защиты, оказывается, отличается от модели защиты субъективного права собственности, защищаемого по второй модели. Введенная в научный оборот эвристическая познавательная структура позволяет, как будто используются ультрафиолетовые лучи, увидеть в темноте невидимое.

Как заметил К. Отт и Х. Шефер, это «противопоставление и выделение разновидностей отношений собственности (не различаемых в традиционном гражданском праве) свидетельствует о том, что точка зрения Калабрези и Меламеда на цели и функции деликтного права является консеквенциалистской, вэлфаристской (от английского слова welfarestate — государство всеобщего благоденствия, или социальное, солидаристское государство) и сориентированной на экономическую эффективность. Но самое примечательное, она по-прежнему основывается на так называемом договорном (юридическом) мышлении»[16]. (Именно поэтому мы относим ту версию «Права и экономики», которую обосновали Калабрези и Меламед, к юридикоцен-

[16] *C. Ott, H-B. Schafer.* Op cit. P. 45.

тристской версии, поскольку в ней преобладает характерное для правового мышления использование идей контракта и автономии, а из экономического образа мышления заимствованы идеи об экстернальных эффектах и трансакционных издержках (экономической эффективности.)

Вторая модель сейчас получила большее распространение, что означает распространение принципа солидаризма. Она используется и во всемирной экономической системе защиты от парникового эффекта, создаваемого выбросами газов в атмосферу Земли. На ней основывается международное соглашение, дополнительный документ к Рамочной конвенции об изменении климата, принятое в японском городе Киото в декабре 1997 г. Соглашение обязывает развитые страны и страны с переходной экономикой сократить или стабилизировать выбросы парниковых газов, появились биржи по торговле квотами на выброс парниковых газов[17].

4. Но не являются ли экстернальные эффекты, наблюдаемые в физическом, видимом мире, в какой-то степени изоморфными тем ситуациям в правовой реальности, когда одно субъективное гражданское право вступает в коллизию с равноценным ему другим субъективным правом? К примеру, субъективное имущественное право мажоритарного акционера — и субъективные права мажоритарных акционеров на дивиденды? Ведь и в этом случае нет иерархии между правами, отсутствуют, как правило, нормы закона или договора о том, какому из прав правоприменитель должен отдать предпочтение. Совершенно очевидно, что такого рода коллизии между субъективными гражданскими правами подпадают под введенную Р. Дворкиным классификацию дел, рассматриваемых судами, а это «сложные дела» (hardcases).

[17] В декабре 2010 г. была осуществлена первая продажа углеродных квот российской компанией. Японские компании «Митцубиси» и «Ниппон Ойл», партнеры компании «Газпромнефть» по освоению месторождения в Ямало-Ненецком автономном округе, получили квоты, образовавшиеся за счет того, что «Газпромнефть» проложили с месторождения трубопроводы, по которым попутный газ вместо сжигания транспортируется на перерабатывающие мощности АО «Сибур», в обмен на компенсацию «Газпромнефть» в виде технологий и оборудования.

Такие же споры часто возникают при применении конституционного права.

Самой основной, причем неписанной, нормой, регламентирующей применение всего корпуса норм конституционного права, оказывается норма, обосновывающая формальное равенство всех основных прав и интересов. Между ними нет заранее установленной иерархии. Формальное равенство — это элемент метафизической юридической конструкции, в Конституции нет указателей на то, какие из них являются более важными, то есть нет так называемой вертикальной иерархии норм, ибо конституционные права являются рядоположенными.

В Конституции Российской Федерации нет ответа на вопрос, например, о том, что важнее: а) право журналиста распространять информацию о каких-то известных людях или б) их право на неприкосновенность частной жизни. И таких бинарных опозиций поразительно много.

Опыт показывает, что две трети споров в Конституционном Суде Российской Федерации являются сложными делами, когда необходимо делать аксиологический выбор — какому же праву, после взвешивания, необходимо отдать предпочтение, и может ли законодатель, уважая какой-то публичный интерес, ради этого ограничить права человека?

Оказывается, все зависит от юридических оттенков, особенностей конкретной жизненной ситуации, так как Конституционный Суд имеет дело с широким спектром возможных ситуаций и решений.

Глубокий смысл особых конститутивных норм, из которых состоят главы 1 и 2 Конституции, а это и есть подлинное конституционное право, в том, что правосудие в Конституционном Суде значительно отличается от правоприменения обычных судов, в которых обычно применяется так называемый юридический силлогизм.

Конституционный Суд, благодаря Конституции, разрешая сложные дела, лишен возможности применять методику юридического силлогизма; в этом случае, когда решение должно быть исключительно ситуативным, подлежит применению конституционный принцип пропорциональности.

Нам кажется, его применение приводит к появлению юридического парадокса. Как известно, парадоксом мы обычно называем ситуацию, когда высказывается утверждение, вывод, которые могут существовать в реальности, но не имеют логического объяснения. Парадокс — это всегда неожиданность, непривычность, за которой нередко следует новое решение или даже открытие. Неслучайно у А.С. Пушкина есть слова «...и гений, парадоксов друг». Юридический парадокс состоит в том, что есть два разных онтологико-правовых статуса: реальность метафизического текста Конституции, в которой намеренно отсутствуют правила об иерархии норм о правах человека, и иная, правовая реальность, возникающая при проявлении конфликта между носителями двух равновеликих прав, которые существуют в разных «регистрах», распознаваемых с помощью онтологии права. Переход из одной реальности — реальности текста права — в правовую реальность завершается тем, что появляется ситуационная иерархия, необходимая для достижения одной из важных аксиологических категорий конституционного права, — и это ценность гражданского мира и согласия, о которых упоминается в преамбуле Конституции России.

Юридический парадокс помогает обнаружить, что правовая система вовсе не является закрытой, «герметичной», самодостаточной, особенно в случае пробельности в системе источников права и в других доказательственных базах.

Позитивистская концепция Г. Кельзена основывается, по сути, на идее беспробельности правовой системы, ее автономности от других деонтологических дисциплин. Правоведение, как считал Кельзен, является исключительно оценочной, а не объясняющей наукой, основа которой — постулат об источниках прав как некой иерархии норм, возглавляемой основной нормой.

Если же начинают действовать (применяться) какие-то иные социальные правила, то они составляют предметную сферу не «чистой науки права», а других наук, к примеру, социологии.

В XX веке произошла своего «социологизация» правовой системы. О. Эрлих, антипод Г. Кельзена в науке, утверждал, что право должно изучать не только нормы позитивного права, но и

более широкий круг правил, по которым живут все люди. Эрлих ввел в научный оборот понятие «живое право» (которое использовал В.В. Путин в дни празднования 25-летнего юбилея Конституции Российской Федерации), сущность которого состоит в противопоставлении традиционной юриспруденции, плохо справляющейся со своей задачей, поскольку она только описывает, что устанавливает закон, а не то, что фактически происходит в правовой реальности. Между тем сущностным элементом правовой действительности является объективно сложившийся порядок, который состоит из конститутивных социальных норм, а поэтому генезис права надо связывать не только с деятельностью государства, но и с беспрестанно осуществляемой деятельностью людей в рамках социальных отношений, которые подчиняют себе индивидов не только с помощью права. Помимо официального права, то есть реальности правовой системы, есть еще правовая реальность как совокупность неюридических автономных порядков. Юридические нормы отличаются своей относительной статичностью; спонтанно складывающиеся в обществе новые порядки подвижны, динамичны.

Отголосок идей О. Эрлиха можно, как нам кажется, обнаружить у замечательного советского и российского теоретика права Г.В. Мальцева, который писал о необходимости «смены вех в юридической методологии, о поиске новой рациональности», которую он связывал «с синергетической парадигмой, восполняющей интегративные функции в отношении естественнонаучного и социогуманитарного знания», и о «надежде (но не более того), что синергетика поможет праву избавиться от старых и злейших его недостатков — субъективизма и волюнтаризма[18].

Одним из недостатков догматической юриспруденции является сакральное восприятие изобретенных фикций. Одна из них — это догматическое утверждение, что все правовые потоки берут истоки исключительно из единой воли государства. Через предпринятый анализ источников позитивного права, к кото-

[18] *Мальцев Г.В.* Социальные основания права. М., 2007. С. 106–107.

рым О. Эрлих относил закон, обычаи, судебную практику и доктрину, он приходит к теории «права общества». Отталкиваясь от нее, Г.Д. Гурвич, ученик Л.И. Петражицкого, проложил путь к своей доктрине «социального права»[19].

Эта парадигма правопонимания сейчас представлена концепцией сложной социально-культурной контекстуальности юридических норм[20].

Оказывается очевидным, что правовая система вовсе не является закрытой, абсолютно автономной от других социальных наук, она способна на командную игру и является ***когнитивно открытой***. Это значит, что для принятия судебного решения, то есть оценочного умозаключения, не всегда есть источники, содержащие шкалу оценок, которую мы называем источниками права. Юриспруденция, ее изначальный концепт, фикционны, и одна из самых главных фикций состоит в том, что для принятия оценочного решения всегда якобы есть официально установленные критерии оценки.

Но те самые hardcases, когда приходится выбирать между равновеликими правами, обнажают сокрытое в догматической юриспруденции: и это пробельность этих официально установленных критериев для оценки, то есть источников права.

И тогда высшие суды вводят в свою аргументацию ссылки на нормы этики, на правовую справедливость, на экономическую эффективность, то есть на метаюридические нормы, в совокупности образующие социальный порядок.

В этом проявляются отголоски естественно-правового понимания права, одним из постулатов которого является тезис «право есть только часть порядка части порядка».

Появляется новая для права рациональность, своего рода когнитивная разомкнутость, негерметичность, открытость, то есть способность правовой системы учиться у окружающей социальной среды.

---

[19] См.: *Гурвич Г.Д.* Теория источников права Ойгена Эрлиха и идея социального права // Эрлих О. Основоположение социального права. С. 655.

[20] *Гаджиев Г.А.* Право и экономика (методология). М., 2016. С. 143 и далее.

Итак, в метафизической реальности текста отсутствуют иерархические отношения между так называемыми равноценными, но при этом антонимичными правами, а по сути конституционными принципами, образующими бинарные оппозиции. У таких прав-принципов, как право на свободу экономической деятельности и право на вспомоществование, одинаковый номинальный вес, государство не обязано рассматривать как самоценные ни те, ни другие. Оно может, учитывая интересы нуждающихся во вспомоществовании, ограничивать с помощью налогов права предпринимателей, но обязано придерживаться при этом идеи пропорциональности ограничений, которые всегда ситуационны. В отличие от реальности конституционного текста, в правовой повседневной реальности разрешения споров конституционные суды создают правовые позиции, отдавая предпочтение то одному, то, в другой ситуации, другому праву из бинарной оппозиции. При этом они должны изыскать такие способы ограничения одного права, чтобы они были минимально ограничительными, исходя из заботы и о защите другого, противоположного права!

Это конституционно-правовая оптимизация, являющаяся юридическим эквивалентом принципа оптимальности Вильфредо Паретто (решение конфликта оптимально, только если оно улучшает положение одной стороны, не нанося существенного ущерба другой).

В этом глубокий смысл слов «мир и согласие» из преамбулы Конституции. Оптимизация, осуществляемая Конституционным Судом, состоит в оценке разумности степени вмешательства публичной власти в частные интересы, в оценке и поиске средств, наименее обременительных. При этом, вырабатывая способ оптимизации конкурирующих интересов, Конституционный Суд Российской Федерации ситуационно осуществляет «возвеличивание» одного из них в какой-то ситуации в какое-то время.

Этот механизм дает возможность Конституции РФ быть своего рода методологией приспособления юридического текста к постоянно изменяющимся условиям общественной жизни. Она выдержала испытание за прошедшие 25 лет!

Конституционный Суд Российской Федерации реально стал самостоятельным нормотворцем.

Судебная методология ревизии проверяемых норм закона, основанная на поиске баланса, анализе пропорциональности ограничительных мер, камуфлирует то, что Конституционный Суд делает самостоятельный, порой политический, выбор, а издавая «ситуационные» нормы, он выступает в качестве нормотворца.

Судебное нормотворчество получило свое название — правовые позиции высших судов, а совокупность этих правовых позиций — судебные доктрины.

Как нам кажется, традиционная система способов защиты нарушенных субъективных гражданских прав ориентируется на ту категорию юридических споров, которые можно решить, применяя обычный юридический силлогизм. При этом презюмируется, что в корпусе норм гражданских прав нет пробелов, поскольку в нем есть система синтетических принципов гражданского права. Такой подход к правоприменению допустим, но необходимо «легализовать» те способы защиты нарушенных прав, которые при этом используются в судебной практике, не будучи предусмотренными в ст. 12 ГК РФ. И это такие способы защиты, которые основаны на применении общеправового принципа пропорциональности и принципа равного правонаделения[21].

Библиография:

1. *Calabresi G. and Melamed A.D.* Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. 1972.
2. *Claus Ott, Hans-Bernd Schäfer.* The Dichotomy between property rules and Liability Rules: experiences from German Law.
3. *Гаджиев Г.А.* Право и экономика (методология). М., 2016.

[21] См.: *Гаджиев Г.А.* Принцип равного правонаделения и паритетной (эластичной) правовой защиты// Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики. М., 2018. С. 132–151.

4. *Гаджиев Г.А.* Принцип равного правонаделения и паритетной (эластичной) правовой защиты // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики. М., 2018.
5. *Карапетов А.Г.* Модели защиты гражданских прав // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 11.
6. *Лапач В.А.* Система объектов гражданских прав. СПб., 2002.
7. *Луманн Н.* Экологический риск и политика // Политическая философия в Германии. М., 2005.
8. *Могилевский В.Д.* Методология систем. М., 1999.
9. *Семякин М.Н.* Частное право: философские и исторические основания и проблемы современной цивилистической доктрины. М., 2014.
10. *Спекторский Е.В.* Теория солидарности: Доклад, прочитанный 14 декабря 1915 года в Саратове в соединенном заседании Киевского и Саратовского юридических обществ // Юридический вестник. 1916. Кн. 13.

1.3. Об экономико-правовом регулировании предпринимательства на современном этапе (опыт Таджикистана)

Аннотация. Автор анализирует экономико-правовые проблемы государственного регулирования предпринимательства на современном этапе. В статье делается вывод о том, что для их решения представляется необходимой выработка конструкции экономической политики государства и ее правового обеспечения, являющейся важной и одновременно сложной в концептуальном плане.
Ключевые слова: предпринимательство, государственное регулирование, экономика, политика.

Annotation. The author analyzes the economic and legal problems of state regulation of entrepreneurship at the present stage. The article concludes that to solve them it is necessary to develop the design of the economic policy of the state and its legal support, which is important and at the same time difficult in conceptual terms.
Keywords: entrepreneurship, state regulation, economy, politics.

Обоснованно отмечается, что в условиях современной рыночной экономики, основы которой формируются в Таджикистане и других постсоветских странах, «государство обязано выполнять ряд функций, призванных обеспечивать жизнеспособность и эффективность экономической системы»[22]. При этом необходимость государственного регулирования обусловливается объективно существующими недостатками (несовершенством) рыночных механизмов, включая неразвитость конкуренции, наличие внешних эффектов, ограниченную возможность поставки товаров (услуг) для общественных нужд, существование неполных рынков, необходимость перераспределения доходов в целях обеспечения социальной справедливости, неустойчивость экономического роста.

---

[22] *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.03. М.: РГБ. 2005. С. 21, 27.

Как отмечают правоведы[23], в постсоветских странах государственное регулирование экономической деятельности осуществляется по двум основным направлениям — регулирование деятельности учреждений и унитарных предприятий, создаваемых самими органами власти, и регулирование частного предпринимательства.

Президент Республики Таджикистан отметил, что развитие частного сектора, в особенности, улучшение инвестиционного и предпринимательского климата, является приоритетным направлением экономической политики правительства страны[24].

Считается, что в Таджикистане сформирована достаточная нормативно-правовая база для развития экономики и предпринимательства. В соответствии со ст. 12 Конституции государство гарантирует свободу экономической и предпринимательской деятельности, равноправие и правовую защиту всех форм собственности, в том числе частной. В дополнение к нормам Конституции в Гражданском кодексе РТ отрегулированы основные правоотношения, приняты необходимые законы о развитии предпринимательства, государственных предприятиях, инвестиционной деятельности и пр. То есть имеются все формальные предпосылки для эффективного развития всех форм предпринимательства (включая государственное предпринимательство).

Следует обратить внимание на то, что конституционные нормы о защите прав собственности и гарантиях экономической и предпринимательской деятельности других стран в отдельных случаях шире, чем в Таджикистане. Примером этого являются положения ст. 13 («Собственность») и ст. 15 («Экономическое развитие государства») Конституции Азербайджана, которыми не только устанавливаются виды собственности, конституционно признаваемой неприкосновенной, но в то же время ограничиваются направления ее использования, а также гарантирует-

[23] *Жилинский С.Э.* Предпринимательское право: Учебник для вузов. М.: Норма, 1999. С. 281.

[24] *Эмомали Рахмон.* Встреча Президента Республики Таджикистан с предпринимателями, г. Душанбе, 14.10.2014. URL: http://www.prezident.tj

ся свобода предпринимательства, не допускается монополизм и недобросовестная конкуренция в экономических отношениях.

Статья 3 Конституции Армении устанавливает, что государство ограничено основными правами и свободами гражданина, являющимися непосредственно действующим правом.

Согласно ст. 8 и 34 Конституции Российской Федерации в этом государстве гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. В Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Таким образом, в целях защиты свободы предпринимательства в этих странах конституционно предусмотрены нормы, не допускающие монополизацию и недобросовестную конкуренцию. В Таджикистане система правовых регуляторов недопущения монополизации и обеспечения конкурентной среды устанавливается отраслевыми законами и подзаконными актами.

В дополнение к этому следует учесть, что, в отличие от других стран, правовое регулирование экономической системы (в том числе предпринимательской деятельности) в Таджикистане осложнено в связи с географическими, демографическими, структурными и другими факторами, воздействующими на экономическую активность. Так, с начала переходного периода прекратилась или резко сократилась деятельность большинства приватизированных промышленных предприятий легкой и пищевой промышленности (основных отраслей специализации республики), станкостроения и пр. Существовавшие ранее крупные колхозы и совхозы были преобразованы в значительное количество малоэффективных мелких дехканских (фермерских) хозяйств и приусадебных участков. Экономическая

деятельность ограничена из-за удаленности от морских путей, недостатка электроэнергии, слабой транспортной доступности большинства регионов страны, отсутствия доступных запасов углеводородного сырья. Высокий естественный рост численности населения с учетом указанных проблем обусловливает увеличивающийся год от года дефицит рабочих мест и повышение размеров внешней трудовой миграции, в первую очередь сельского населения.

Предпринимательская деятельность внутри страны в значительной степени зависит от объемов денежных перечислений трудовых мигрантов Таджикистана, поэтому ориентирована на оказание торговых и иных услуг на внутреннем рынке. Иностранные (прежде всего, китайские и российские) инвестиции в основном ориентированы на добычу полезных ископаемых и производство гидроэлектроэнергии.

Указанные факторы обусловили специфическую структуру хозяйствующих субъектов различных организационно-правовых форм, сложившуюся в Таджикистане. Согласно статистическим данным налоговых органов в 2017 г. в Государственном реестре юридических лиц и индивидуальных предпринимателей находились сведения о 288 683 хозяйствующих субъектах, в том числе 90 800 индивидуальных предпринимателей, функционирующих на основе патента (31,5 % от общей численности), 32 154 индивидуальных предпринимателей, функционирующих на основе свидетельства (11,1 % от общей численности), 134 315 дехканских (фермерских) хозяйств без образования юридического лица (46,5 % от общей численности) и 31 567 юридических лиц (10,9 % от общей численности)[25].

При этом индивидуальные предприниматели, функционирующие на основании патента, не обязаны вести бухгалтерский и иной учет, применять контрольно-кассовые машины, представлять какую-либо отчетность о своей деятельности и доходах. Индивидуальные предприниматели, функционирующие на

[25] Налоговое право: Учебник (издание 2-е, переработанное). Под общ. ред. д. ю. н., проф. Исмаилова Ш.М. Душанбе: Издательство «Эр-Граф». 2018. С. 396.

основании свидетельства, и дехканские (фермерские) хозяйства без образования юридического лица ведут упрощенный бухгалтерский учет, уплачивают налоги в упрощенном порядке. Таким образом, абсолютное большинство хозяйствующих субъектов (89,1 %), зарегистрированных в качестве субъектов предпринимательства, не обязаны представлять или обязаны представлять ограниченную отчетность о своей деятельности. Государство не имеет полной и достоверной информации о положительных результатах такого государственного регулирования, основанного на упрощении (сокращении) налоговых выплат.

Е.П. Губиным было высказано мнение, что «предпринимательской деятельности присуще стремление к выгоде, получению прибыли. В условиях конкурентной борьбы достаточно часто применяются способы и приемы, не отвечающие требованиям совершенной конкуренции, не способствующие эффективному функционированию рыночного механизма»[26]. Однако в указанных случаях государство Таджикистан само представляет отдельным группам предпринимателей условия, ухудшающие конкурентную среду.

Более того, налоговым законодательством налоговые льготы установлены по всем видам налогов и других обязательных платежей. В дополнение к этому установлены четыре специальных налоговых режима и шесть льготных налоговых режимов, предусматривающих предоставление налоговых льгот и преференций. К 2018 г. в соответствии с законами РТ[27] «Об инвестиционном соглашении» и «О концессиях» для дополнительного стимулирования около 80 соглашений о сравнительно крупных объемах инвестирования в экономику страны установлены индивидуальные налоговые режимы. Субъекты четырех свободных экономических зон (в городах (районах) Ходжент, Дангара, Пяндж и Ишкашим) освобождены от уплаты всех налогов,

[26] *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.03. М.: РГБ. 2005. С. 28.

[27] Ахбори Маджлиси Оли РТ 2013. № 3; Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2011. № 12.

кроме подоходного налога и социального налога на физических лиц. В третий раз установлен мораторий на проверки хозяйствующих субъектов, с 2018 г. очередными поправками Налогового кодекса РТ законодательно введены дополнительные послабления и упрощения.

Отмечается, что в индустриально развитых странах до 90 % предприятий относится к малому бизнесу. На их долю приходится примерно до 50 % производимого в стране валового национального продукта и примерно 70 % создаваемых новых рабочих мест[28]. В Таджикистане, согласно приведенной статистике, доля малого бизнеса превышает 85 % от общей численности, однако достоверных сведений об объемах производства и занятости в этом секторе экономики не имеется, что снижает результативность государственного регулирования.

При этом сложившаяся бизнес-среда представителями предпринимательских структур и других заинтересованных сторон обоснованно оценивается как неудовлетворительная. Экономика Таджикистана все еще является неустойчивой и в значительной степени зависит от денежных переводов внешних трудовых мигрантов. В государственной политике не установлены приоритеты государственных инвестиций по принципу их социально-экономического воздействия. Недостаточно уделяется внимания мерам поддержки эффективных государственных учреждений (предприятий), развитию частного сектора и использованию возможностей региональной и международной интеграции.

Какие же меры государственного правового регулирования как для развития экономической деятельности в целом, так и для развития предпринимательства в такой ситуации следует предпринять?

Имеет ли смысл и в последующем применять отдельные, нескоординированные меры для развития предпринимательства (предоставление налоговых льгот, упрощение налогообложения и государственной регистрации, исключение требования о

---

[28] *Коваленко Б.Б.* Институты воздействия государства на организации корпоративного предпринимательства: Учебное пособие. СПб: Изд-во Санкт-Петербургской академии управления и экономики. 2008. С. 24.

ведении бухгалтерского учета и отчетности, централизованное регулирование инвестиций и установление для инвесторов индивидуальных налогово-таможенных режимов, предоставление излишних налоговых льгот участникам свободных экономических зон без формирования элементарной инфраструктуры для их деятельности)? При этом снижаются общеэкономические возможности государства для обеспечения определенности и регулируемости экономических процессов. Либо следует предпринять чисто рыночные комплексные меры государственного регулирования, основанные на снижении монополизма и развитии конкуренции?

В условиях неразвитой рыночной среды и низких естественных темпов рыночного роста национальной экономики полное исключение государственного вмешательства в экономику и неосуществление государственного регулирования предпринимательской деятельности и государственного сектора не рассматривается. Считаем, что для полноценного развития общества и экономики необходимо их регулирование со стороны государства.

Однако глубина, степень и границы такого регулирования представляют собой отдельную политическую, экономическую и правовую проблему. Как справедливо отмечает В.С. Белых, «место и роль государства в экономике каждой страны определяется эффективностью применяемых им мер, методов и средств регулирования, с помощью которых решаются социально-экономические и иные задачи»[29].

Право представляет собой лишь форму, в которую оформляется определенная государством политика, т. е. право не является самостоятельным, не зависящим от государства и его органов регулирующим средством. Каким должно быть право, какие общественные явления, сферы и задачи государства легализируются, полнота и виды такой легализации определяются государством.

Таким образом, с нашей точки зрения, именно государство и его органы определяют политические «правила игры» для об-

[29] *Белых В.С.* Государственное регулирование предпринимательской деятельности в РФ // Российский юридический журнал. 2007. № 1. С. 39.

щества и бизнеса. Посредством же норм права с той или иной степенью качества, полноты и детализации осуществляется формализация установленных правил в нормативных правовых актах. В правовом государстве как государственные органы, так и иные участники правоотношений, в том числе предпринимательских отношений, подчиняются принятым правовым нормам и функционируют в соответствии с ними.

Согласно ст. 1 Гражданского кодекса РТ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от использования имущества, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Данное универсальное понятие всесторонне проанализировано И.В. Ершовой, которая, в частности, отметила: «В легальном определении предпринимательской деятельности указано, что прибыль извлекается от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Рассматриваемый аспект раскрывает содержание предпринимательской деятельности. Однако, как видится, и он сформулирован несколько некорректно, поскольку предпринимательская деятельность многогранна и в условиях рынка ее направления не укладываются в "прокрустово ложе" закрытого перечня»[30]. Осмелимся предположить, что все же получение систематического дохода охватывают все виды деятельности, прослеживаемые статистикой.

Декларируемая самостоятельность предпринимательской деятельности основана на гарантируемой Конституцией свободе и по содержанию не предусматривает внешнего вмешательства, в том числе вмешательства государственных органов. Фактически государственные органы явно и неявно воздействуют на деятельность субъекта предпринимательства, не неся при этом никакой ответственности в случае негативных результатов.

Так, до недавних пор местные государственные органы исполнительной власти определяли для фермеров, на каких площадях

[30] *Ершова И.В.* Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике // LEX RUSSICA. 2014. № 2. С. 164.

следует выращивать хлопок или иную сельскохозяйственную культуру. Подобное вмешательство государственных органов в деятельность предпринимательских структур фактически сохраняется, при этом для усиления воздействия в отношении «непослушных» лиц могут быть привлечены правоохранительные и контрольные органы, что противоречит Конституции и иным законам. Это экономико-правовая проблема, требующая соответствующей политической воли государства и ее четкой правовой регламентации в отношении прав и полномочий государственных органов и их сотрудников, их материальной ответственности за возмещение убытков от препятствования предпринимательской деятельности.

Проблемы коррупции сотрудников государственных органов, связанные с их вмешательством в деятельность предпринимательских структур, действием или бездействием при оказании государственных услуг субъектам предпринимательства, излишним либо недостаточным регулированием прав и полномочий сотрудников государственных органов, имеет большое влияние на состояние предпринимательства. Несмотря на создание специализированного контрольного органа, значительное число принятых правовых документов в этой сфере, корень имеющихся проблем видится в первую очередь в дублировании исполнения государственных функций, невысоком уровне заработной платы государственных служащих, недостаточной целенаправленности осуществляемых действий в сфере борьбы с коррупцией и неустойчивой государственной воле.

Именно невысокая заработная плата в органах государственной власти, слабые социальные лифты для карьерного роста отталкивает специалистов высокой квалификации от работы в них, что приводит к заполнению штатов госорганов кадрами с недостаточными знаниями и опытом (общеизвестно, что в каждом министерстве и ведомстве, как правило, не более 20–30 % от общего числа сотрудников несут основную трудовую нагрузку, оставшиеся кадры представляют собой фактически балласт), снижает качество подготавливаемых решений и реализуемых действий.

Комплексное применение опыта других стран, сравнительно недавно самостоятельно достигших прогресса в этой сфере (например, Сингапура), возможно, позволит в определенный срок снизить воздействие коррупционной составляющей на развитие предпринимательства.

Для ограничения и регулирования проверок субъектов предпринимательства принят Закон РТ «О проверках деятельности хозяйствующих субъектов»[31], устанавливающий правовые основы проведения проверок, порядок и процедуры их проведения, права и обязанности хозяйствующих субъектов, должностных лиц проверяющих органов. Устанавливается, что создается Совет по координации деятельности проверяющих органов и единая база по проведенным проверкам, утверждаются типовые правила проведения проверок деятельности хозяйствующих субъектов (ст. 7), проверяющие органы осуществляют проверку деятельности хозяйствующих субъектов, исходя из степени риска (ст. 11). Однако перечень проверяющих органов все еще является значительным (ст. 2 и 10), для определения степени риска материальные, кадровые и организационные возможности большинства проверяющих органов ограничены.

С 2009 г. действует Закон РТ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»[32], устанавливающий упрощенную комплексную регистрацию хозяйствующих субъектов в налоговых, статистических органах и органах социальной защиты. Пункты регистрации функционируют во всех районных и городских налоговых инспекциях. Одновременно внесены изменения в другие действующие законодательные акты, устанавливающие минимальный размер уставного капитала для обществ с ограниченной ответственностью в размере 500 сомони (около 50 долларов США) и для акционерных обществ — 10 000 сомони (около 1000 долларов США). В результате наряду со значительным упрощением процедур для начала предпринимательской деятельности серьезно увеличился риск для противозаконных действий и создания т. н. «фирм-однодневок».

[31] Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2015. № 12.
[32] Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2009. № 5.

Как указано, налоговым законодательством установлено шесть льготных налоговых режимов для инвесторов и достаточное число других льгот по отдельным видам налогов. К сожалению, большинство льготных налоговых режимов может быть применено по представлению правительства РТ, что сокращает возможности для инвесторов.

В дополнение к этому принят Закон РТ «Об инвестиционном соглашении»[33], направленный на реализацию крупных инвестиционных проектов в стратегически важных и приоритетных отраслях экономики страны, а также предусматривающий установление для серьезных инвесторов индивидуальных налоговых, таможенных, валютных и пр. режимов. Анализ подписанных соглашений показывает, что фактически такие соглашения принимаются не только для крупных инвестиционных проектов в важных отраслях экономики. В результате льготные налоговые режимы остаются неиспользованными либо использованными с низким эффектом (так, свободные экономические зоны до сих пор не стали точками роста экономики районов, в которых они размещены), что требует дополнительного экономико-правового исследования в этой сфере.

Вопросы доступности для бизнеса кредитных и страховых услуг, высоких кредитных процентных ставок, валютной конвертации уже несколько лет находятся под особым контролем правительства страны. Реализация ранее разработанных законопроектов в этой сфере, решение организационных вопросов проблемных банков и страховых организаций, скорее всего, смягчит сложившуюся ситуацию и упорядочит систему соответствующих услуг для предпринимательского сектора.

Важной сферой государственного правового регулирования является государственный сектор (государственные унитарные предприятия (ГУП) и государственные учреждения), охватывающий существенные доли производства электроэнергии и других товаров, оказания коммунальных услуг, услуг образования, здравоохранения и пр. Деятельность ГУП регулируется Законом

---

33 Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2013. № 3.

РТ «О государственных предприятиях»[34]. Деятельность государственных учреждений регулируется ГК РТ и иным законодательством.

Проблема ГУП (коммерческих организаций, не наделенных правом собственности на имущество, закрепленное за ними собственником) заключается в их постоянной убыточной деятельности, несмотря на то, что государственными органами реализуются меры по их бюджетной поддержке, предоставлению дополнительных и иных льгот и преференций. Эта ситуация отражена в указанном выше анализе Всемирного банка.

Согласно ст. 132 ГК РТ учреждением признается организация, созданная собственником для осуществления управленческих, социально-культурных и иных функций некоммерческого характера и финансируемая им полностью или частично. Однако фактически в целях сокращения расходов (в первую очередь, по налоговым обязательствам) центральные и местные исполнительные органы государственной власти на базе ранее действовавших организаций коммерческого характера (по оказанию коммунальных услуг, ремонту и строительству дорог и пр.) создали другие организации, выполняющие те же самые функции, но зарегистрированные как некоммерческие учреждения, что требует проведения правовой оценки.

Имеются чисто правовые проблемы технического характера, влияющие на эффективность государственного регулирования экономики. Это касается, прежде всего, процедур разработки, согласования и принятия законопроектов, регулируемых недавно принятым Законом РТ «О нормативных правовых актах»[35]. В отличие от других стран, в последние годы в Таджикистане любой законопроект может быть подготовлен в отношении только одного закона (устанавливается, что при изменении других связанных с этим законопроектом законов проекты соответствующих изменений представляются пакетом). На практике, как правило, пакетного представления проектов изменений законов не осуществляется, в результате часто наблюдаются случаи не-

[34] Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2004. № 10.
[35] Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2017. № 5.

соответствия норм законов между собой (например, повышение верхнего предела годового дохода субъектов малого предпринимательства с 500 000 сомони до 1 000 000 сомони установлено лишь налоговым законодательством).

Более того, процедура согласования законопроектов усложнена, детально не конкретизирована и длительна, в связи с этим период времени от разработки законопроекта до его принятия занимает у разработчиков не менее шести месяцев, что приводит к длительному несоответствию норм различных законов между собой, различному их толкованию, потерям времени и средств как государства, так и предпринимателей (к примеру, за восемь месяцев 2017 г. в Кыргызстане оперативно принято восемь изменений и дополнений в Налоговый кодекс).

Исходя из приведенного далеко не полного и разностороннего анализа экономико-правовых проблем государственного регулирования предпринимательства на современном этапе, для их решения представляется необходимой выработка конструкции экономической политики государства и ее правового обеспечения, являющейся важной и одновременно сложной в концептуальном плане, содержащей следующую дилемму:

— с одной стороны, государство разрабатывает комплексные, взаимосвязанные меры для дальнейшего развития предпринимательской деятельности, обеспечивающие, в первую очередь, привлечение к труду в Таджикистане излишнего трудоспособного населения, повышает качество государственного регулирования, ограничивает не обусловленное необходимостью вмешательство государственных органов в коммерческую деятельность, для формализации принятых политических решений своевременно и качественно принимает необходимые нормативные правовые акты, обеспечивающие деятельность государственных органов и субъектов бизнеса в рамках требований закона;
— с другой стороны, государство в целях защиты своего бюджета не допускает предоставление излишних льгот и преференций субъектам бизнеса, формирует обязательные для всех предпринимателей простые и точные требования,

максимально соответствующие развитию конкуренции и снижению монополизма, устанавливает соответствующие формы и виды ответственности для субъектов — нарушителей установленных правил, обеспечивает меры для государственного мониторинга результатов предпринимательства и организации действенного статистического учета.

Библиография:

1. *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: Проспект, 2008.
2. *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. М.: РГБ. 2005.
3. *Ершова И.В.* Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике // LEX RUSSICA. 2014. № 2.
4. *Жилинский С.Э.* Предпринимательское право: Учебник для вузов. М.: Норма, 1999.
5. *Коваленко Б.Б.* Институты воздействия государства на организации корпоративного предпринимательства: Учебное пособие. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургской академии управления и экономики, 2008. С. 24.
6. *Эмомали Рахмон.* Встреча Президента Республики Таджикистан с предпринимателями г. Душанбе, 14 октября 2014 г. URL: http://www.prezident.tj

1.4. Правовые основы планирования: формирование и развитие предпринимательско-правовых подходов

Аннотация. В статье исследуются правовые основы планирования как части управления. Проведенный анализ идей профессора Е.П. Губина показывает, что разработанные им концепции обладают высокой актуальностью, а также послужили основой для развития целой научной школы предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова, восприняты коллегами из других научных школ, практическими работниками.
Ключевые слова: предпринимательское право, планирование, управление, рыночная экономика.

Annotation. The article examines the legal basis of planning as part of management. The analysis of the ideas of Professor E.P. Gubin shows that the concepts developed by him are highly relevant, and also served as the basis for the development of the whole scientific school of business law of Moscow state University named after M.V. Lomonosov, perceived by colleagues from other scientific schools, practitioners.
Keywords: business law, planning, management, market economy.

С Евгением Парфирьевичем Губиным я познакомилась, когда он читал лекции нашему третьему курсу специалитета. Предпринимательское право казалось нам тогда очень сложным предметом, зарегулированным и имеющим крен в публичное право. Тем большую гордость я испытала, когда сдала экзамен на отлично. Вопрос попался о новой тогда договорной конструкции лизинга. Я отвечала, Евгений Парфирьевич слушал... И задал вопрос: «А что с налогообложением операций лизинга?» Мне повезло, я знала ответ! Евгений Парфирьевич улыбнулся своей доброй, чуть снисходительной улыбкой и подписал зачетку.

Это воспоминание возвращалось ко мне неоднократно. Когда оказалась на одной из первых конференций Юридической недели (тогда еще о неделях не говорили, просто проводили

международную конференцию, приуроченную ко Дню юриста), когда Евгений Парфирьевич вручил мне, только что защитившемуся кандидату наук, как старой знакомой, свою книгу о государственном регулировании предпринимательской деятельности. Когда после открытия четвертого корпуса в числе других гостей пригласил зайти на кафедру, гордо демонстрируя новое помещение, уютное и деловое одновременно. Уважительное отношение к коллегам, ученикам, открытость к любого рода предложениям в профессиональной сфере, готовность поддержать начинающих исследователей — те черты Евгения Парфирьевича, которые сразу обращают на себя внимание и располагают к этому человеку.

Думаю, в немалой степени и по причине личных качеств автора на мое научное будущее большое влияние оказала докторская диссертация Е.П. Губина на тему «Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства» и подготовленная на ее основе монография.

В своих исследованиях я искала новое направление, которое позволило бы проанализировать вопросы управления как социального явления с позиции правового регулирования. Меня интересовали возможности права, применимые для решения управленческих задач. Так и появилась идея исследования функции управления, имманентно присущей имуществу и коллективным объединениям.

В части рассмотрения вопросов частного права мне требовалось представить предпринимательство объемным, лишенным схематичности традиционного подхода. В диссертации Евгения Парфирьевича меня привлекло допущение сочетания частных и публичных начал в регулировании экономической деятельности. Требовалось уяснение вопроса, возможно ли сочетание принципа правового равенства частных субъектов предпринимательской деятельности и государственного регулирования на основе целеполагания, прогнозирования и планирования. В этом как раз и стала для меня опорой работа профессора Е.П. Губина.

В одном из разделов названной монографии Е.П. Губин сформулировал, по сути, современную правовую теорию пла-

нирования как части управления, которая до сих пор является актуальной.

«Один из основных рыночных регуляторов, — писал Е.П. Губин, — это планирование»[36]. Экономическая деятельность так же немыслима без планирования, как хозяйственная деятельность вообще. Поэтому необходимость планирования в рыночной экономике — явление объективное. Вряд ли сегодня кто-то будет спорить с этим утверждением. Напротив, вопросы государственного и корпоративного планирования возвращаются на страницы научной юридической периодики, а исторические аспекты планирования теперь представляют не праздный интерес.

Е.П. Губин убеждал читателя, что рыночная экономика не предполагает отказа от планирования как такового: изменяются формы планирования, появляется многообразие методов планирования, не предполагающее устранение директивности как одного из основных методов плановой деятельности государства. Это хорошо видно не только при рассмотрении сущности бюджетного планирования, что является предметом рассмотрения и изучения специалистами в области финансового права, но и при рассмотрении и изучении такого инструмента планирования, как целевые комплексные программы (федеральные, региональные, межгосударственные), которые несут в себе элемент директивности[37].

Присоединяясь к позиции профессора Е.П. Губина, подчеркнем, что планирование объективно необходимо с точки зрения науки управления. В теории управления принято считать, что организация как деятельность является функцией управления наряду с планированием, анализом, контролем и т. п.

На наш взгляд, управление как функция реализуется путем ведения систематической, целенаправленной деятельности собственника или уполномоченных им лиц по сохранению и эффективному использованию имущества. С точки зрения права

---

[36] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: 2005. С. 192.

[37] Там же.

управление представляет собой осуществление организационных функций, обеспечивающих достижение поставленных целей. Исходя из этого, управленческая деятельность подразумевает необходимость определенного воздействия на управляемый объект[38]. О.Е. Кутафин по этому поводу писал, что, являясь функцией управления (составной частью управленческой деятельности), планирование одновременно выступает одним из способов реализации некоторых или даже многих других функций управления, т. е. является одним из методов управления[39].

На наш взгляд, управление как функция есть реализация субъектом права долгосрочных и ежедневных планов, вытекающих из полномочия[40]. Поэтому, опираясь на позицию Е.П. Губина, мы можем сделать вывод, что планирование по существу является одним из проявлений функции управления[41].

Долгое время считалось, что равенство и автономия воли в управлении проявляется в отсутствии административного регулирования хозяйственных отношений сторон. Как отмечается в литературе, «в тот период общественно-экономического развития господствовала концепция, согласно которой государство осуществляет руководство всеми сторонами экономической жизни: производством, обменом, распределением и потреблением»[42]. При этом традиционно в российском частном праве отрицался план экономической деятельности и ее результатов как пережиток социалистического (планового) хозяйства. В силу обстоятельств, связанных с отрицанием многими исследователями всего, что было при командно-административной системе, профессору Е.П. Губину много раз приходилось делать

---

[38] См.: *Харитонова Ю.С.* Отражение функции управления в институтах гражданского права: дис. … д-ра юрид. наук. М., 2011.

[39] *Кутафин О.Е.* Плановая деятельность советского государства. Государственно-правовой аспект. М., 1980. С. 33.

[40] См. подробнее: *Харитонова Ю.С.* Управление в гражданском праве: проблемы теории и практики. М.: Норма, Инфра-М, 2011.

[41] См.: *Харитонова Ю.С.* Отражение функции управления в институтах гражданского права: дис. … д-ра юрид. наук. М., 2011.

[42] *Андреева Л.В.* Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2009.

оговорки относительно директивности планов. Так, он указал, что статус директивности сохраняет основной финансовый план — бюджетное планирование. При этом план не следует ассоциировать исключительно с директивным (императивным, авторитарным) способом государственного регулирования и планирования, что, однако, в принципе не исключает использования этого инструмента именно в качестве директивного (императивного), например, при госзаказе, а также в государственном секторе экономики[43].

В то же время после перехода к рыночной экономике довольно быстро выяснилось, что планирование оказалось весьма актуальным для многих частных компаний. Так, А.А. Яхонтова, исследуя вопросы газоснабжения, подчеркивала: «Наличие в процессе газоснабжения акта планирования во всех случаях порождает между его адресатами гражданские правоотношения. Роль управляющего, распределяющего ресурсы и составляющего план, изначально выполняет газораспределительная компания, функции которой по мере продвижения газа могут передаваться любому лицу, выполняющему функции поставщика газа»[44], указывая, что договор газоснабжения входит в сложный юридический состав, включающий акт планирования.

Сегодня уже в учебниках по экономике и менеджменту коммерческой деятельности указывают, что разработка плана по коммерческим операциям компании предполагает[45]:

— использование информации из плана маркетинга о методах и способах стимулирования продаж;
— из прогнозных данных по влиянию маркетинговых и ре-

[43] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: 2005. С. 209.

[44] *Яхонтова А.А.* Правовое регулирование газоснабжения в Российской Федерации (гражданско-правовой аспект): автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2005. С. 10.

[45] См. подробнее: *Абрамс Р.* Бизнес-план на 100%: Стратегия и тактика эффективного бизнеса. 2-е изд. / *Р. Абрамс.* М.: Альпина Паблишер, 2015; *Голощапова А.И., Пармененков К.Н., Савкина Р.В.* Основы коммерческой деятельности: Учебное пособие. М.: Изд-во МГУК, 2000.

клaмных мероприятий на объемы реализации продукции и услуг на данном рынке;
— плана по формированию конкурентоспособности предприятия; стратегии развития предприятия и видов его деятельности.

Планирование коммерческой деятельности включает следующие процедуры[46]:
— анализ коммерческой деятельности (ее эффективности) с учетом конкурентоспособности продукции;
— оценку конъюнктуры рынка, на котором работает предприятие (существующей и на перспективу);
— формулировку целей и задач развития коммерческой деятельности на перспективу;
— определение возможных проблем эффективного осуществления коммерческих операций в перспективе и выделение приоритетных мероприятий по их решению;
— обоснование прогноза развития коммерческой деятельности с детальной проработкой задач текущего развития;
— формирование и утверждение плана развития коммерческой деятельности предприятия и включение его в сводный план развития предприятия на перспективу с выделением ближайшего периода;
— оценку эффективности намеченных мероприятий по реализации продукции и услуг, корректировку (при необходимости) плановых мероприятий и заданий, их оптимизацию.

З.Э. Беневоленская обратила внимание, что создание ФПГ и «развертывание» убытков и прибылей синдиката по трестам в равной степени, имевшее место в давние времена, закладывало начало общего и единого планирования производства и сбыта для всех[47].

Таким образом, в современных коммерческих организациях достаточно часто применяется планирование хозяйственной де-

[46] См. подробнее: *Поротиков Н.Д.* Изучение и прогнозирование покупательского спроса. М.: Лаборатория книги, 2012.

[47] *Беневоленская З.Э.* Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства: монография. М.: Проспект, 2017.

ятельности, что не мешает существовать этим организациям как субъектам частного права, осуществляющим свою деятельность на свой риск и по своей инициативе.

Мы разделяем мнение Е.П. Губина о том, что в дальнейшем российский законодатель «совершенно обоснованно соединил прогнозирование социально-экономического развития страны с рынком, подчеркивая тем самым имманентно присущий рынку указанный элемент планирования»[48]. Планирование как единый процесс, включающий и предвидение, и прогнозирование, и программирование, и другие инструменты, требует нормативного регулирования со стороны государства[49].

Рассматривая правовые инструменты планирования на макроуровне, Е.П. Губин обращает внимание на концепции развития тех или иных сфер, направлений, отраслей и подотраслей народного хозяйства. В этом аспекте концепции следует рассматривать как «правовой документ, имеющий обязательный характер для государственных органов, реализующих экономическую политику государства в соответствующей сфере экономики, в том числе при едином процессе планирования и подготовки нормативных правовых актов»[50]. Являясь прежде всего инструментом индикативного планирования применительно к деятельности субъектов рынка, как правовой инструмент концепция может быть отнесена, по мнению Е.П. Губина, к своеобразным нормам права, к одному из видов (бесспорно, очень специфических) источников предпринимательского права[51].

Созданная Е.П. Губиным концепция планирования нашла свое развитие в законодательстве, доктрине, в том числе в работах представителей научной школы предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова.

Так, в развитие идей Е.П. Губина в результате проведенного исследования в сфере инвестиционной деятельности А.В. Бе-

[48] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: 2005. С. 195.

[49] Там же. С. 220.

[50] Там же. С. 199.

[51] Там же. С. 201.

лицкая приходит к выводу, что в рамках реализации своих функций государство планово осуществляет инвестиционную политику, направленную на обеспечение баланса публичных и частных интересов деятельность государственных органов и саморегулируемых организаций по определению посредством закрепления в праве целей и принципов государственного управления, а также методов и форм государственного регулирования на рынке инвестиций с указанием источников привлечения (как государственных, так и частных) и приоритетных направлений вложения инвестиций на определенный прогнозный период, а также деятельность по созданию мер государственной поддержки приоритетных инвестиционных проектов[52].

Е.П. Губин указывал, что планирование вовсе не исчерпывается заданиями, директивности которых так опасаются[53]. Со ссылкой на экономические исследования он подчеркивал, что главное в планировании все-таки определение целей и путей их достижения, обеспечение сбалансированности и территориальной взаимоувязанности[54]. В качестве примера связи планирования на уровне государственной политики и предпринимательской деятельности в исследовании приведен госзаказ.

Обратим внимание, что российское законодательство проделало долгий путь, прежде чем пришло к необходимости закрепить правила планирования госзакупок. По существу, в развитие идей, высказанных представителями науки предпринимательского права, и происходит сегодня совершенствование системы закупок.

В соответствии со ст. 16 Закона о контрактной системе[55] планирование закупок осуществляется посредством формирова-

[52] *Белицкая А.В.* Правовое обеспечение государственной инвестиционной политики: автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 2018.

[53] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 191.

[54] См.: Прогнозирование и планирование в условиях рынка // под ред. Т.Г. Морозовой, А.В. Пикулькина. М., 1999.

[55] Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

ния, утверждения и ведения заказчиками двух видов документов:

— планов закупок, формируемых на срок, соответствующий сроку действия соответствующего закона о бюджете;
— планов-графиков, содержащих перечень закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (на очередной финансовый год).

Следует отметить, что в ранее действовавшем Федеральном законе от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»[56] вопросы планирования закупок упоминались лишь вскользь. Теперь же в Стратегии инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 8 декабря 2011 г. № 2227-р, вопросам формирования контрактной системы, в том числе планированию в ее рамках, посвящен п. 3 разд. VIII «Инновационное государство»[57]. В соответствии с данным программным документом предполагается, что контрактная система позволит осуществлять средне- и долгосрочное планирование государственных закупок и информировать предпринимательский сектор о прогнозируемой потребности в инновационной продукции, которая будет востребована в рамках перспективного государственного заказа. Особо выделено направление, связанное с формированием прогнозов (на 5—7 лет) и планов государственных закупок, включающих инновационный компонент.

Планирование госзакупок рассматривается в современной доктрине так же, как и предлагал Е.П. Губин: «Понятно, что государственный заказ и извещение о прикреплении не являются административно-плановыми актами, обязательными к исполнению участниками рынка, их следует рассматривать как инструменты государственного регулирования, составные

---

[56] СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 1). Ст. 3105

[57] Распоряжение Правительства РФ от 08.12.2011 № 2227-р «Об утверждении Стратегии инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2012. № 1. Ст. 216.

элементы рыночного планирования»[58]. И с этой точки зрения планирование оказывается взаимоувязанным с принципами результативности и эффективности использования бюджетных средств. Так, по мнению К.В. Кичика, эффективно — не обязательно дешево. Достижение наилучшего результата бывает, несомненно, с минимизацией соответствующих расходов. В этих случаях дешевизна ведет как раз к неэффективному использованию средств[59]. А с другой стороны, для достижения результата не всегда достаточно только определенное количество денежных средств, поскольку эффект от предоставляемой услуги или деятельности может быть ощутим только через определенное время.

Развивая данное научное направление, исследуя проблематику закупок в современном российском праве, К.В. Кичик обращает внимание на необходимость дальнейшей разработки правил о нормировании, регулировании процесса формирования заказов (в рамках сводного прогноза, плана закупок, плана-графика осуществления закупок)[60]. В целом можно сделать вывод, что планирование, наряду с осуществлением закупок и их мониторинга, аудита и контроля, признается отражением принципа единства системы закупок[61].

Почти не исследованным сегодня остается вопрос о правовой природе акта планирования. Зачастую исследователи останавливаются на том, что издание исполнительными органами плановых актов тяготеет к административному правотворческому процессу. В частности, можно встретить такое утверждение: «если вопрос о свойствах различных протоколов и извещений — основных актов, создаваемых заказчиком, не вызывает

[58] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: 2005. С. 207.

[59] *Кичик К.В.* Максимальная и минимальная цена государственного (муниципального) контракта // Право и экономика. 2010. № 7. С. 9–15.

[60] *Кичик К.В.* Законодательство России о государственных (муниципальных) закупках: состояние и перспективы (лекция в рамках учебного курса «Предпринимательское право») // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право в России и за рубежом». 2012. № 1. С. 2–12.

[61] *Белов В.Е.* Планирование в контрактной системе // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 11. С. 16–21.

сложности, т. к. они, безусловно, являются индивидуальными правоприменительными актами, то плановые акты (планы закупок и планы-графики) невозможно относить в данную группу без дополнительной аргументации. Ведь из-за признания за плановыми актами заказчика нормативной природы нарушается характер отношений между заказчиком и контрагентами, также изменяется и квалификация данных актов на административные»[62].

В литературе[63] выделяли следующие подходы ученых к определению правовой природы плановых актов: акты являются нормативными[64], индивидуальными[65] либо сочетают в себе информативные элементы и индивидуально-конкретные веления[66]. Распространено было и мнение о том, что плановые предписания составляют самостоятельную группу и занимают промежуточное положение между нормативными и индивидуальными актами[67]. В.А. Юсупов считал, что плановые акты являются комплексными правоприменительными актами, содержат комплекс индивидуально-конкретных предписаний[68]. Однако наи-

---

[62] *Соломонов Е.В., Юрицин А.А.* К вопросу о юридической природе плановых актов государственных и муниципальных заказчиков // Вестник Омской юридической академии. 2017. № 1. С. 26–29.

[63] *Юсупов В.А.* Правоприменительная деятельность органов управления. М., 1979.

[64] *Хайдас Г.И.* Правовая природа государственных народнохозяйственных планов // Вопросы правового регулирования народного хозяйства / под ред. В.В. Лаптева. М., 1962; Он же. К вопросу о правовой природе государственных народнохозяйственных планов // Советское государство и право. 1961. № 1. С. 42. См. также: *Лаптев В.В.* Правовое положение государственных промышленных предприятий в СССР. М., 1963. С. 189–193.

[65] *Лазарев Б.П.* Некоторые вопросы теории актов государственного управления народным хозяйством // Управление и право. М., 1977. Вып. 3. С. 76.

[66] *Мицкевич А.В.* Акты высших органов Советского государства. М., 1967. С. 167–168; *Дюрягин И.Я.* Применение норм советского права. Свердловск, 1973. С. 160 и др.

[67] *Веденеев Ю.А.* Система правового регулирования планирования научных исследований // Проблемы управления и гражданского права. М., 1976. С. 61.

[68] *Юсупов В.А.* Правоприменительная деятельность органов управления. 1979. С. 45.

большее распространение получила точка зрения С.С. Алексеева, который полагал, что в плановом акте могут содержаться как общие нормативные предписания, так и специфические индивидуальные веления — директивы, содержащие общую установку и предполагающие совершение целого комплекса действий[69]. В результате обобщения всех приведенных точек зрения современный исследователь вопросов планирования в отношении публичного имущества А.В. Виницкий сформулировал подход, согласно которому планирование в отношении публичного имущества включает подготовку и принятие планов (программ) пополнения, отчуждения и использования государственного и муниципального имущества, а также утверждение отчетов об их исполнении[70]. Сами же плановые акты, как правило, выступают в форме специфических административных актов.

Однако, на наш взгляд, требуются дополнительные исследования данной проблематики в связи с тем, что приведенные мнения касались публичной собственности и осуществления, по существу, функций государственного управления. А.В. Винницкий отмечает, что инструментом планирования выступают специфические юридические акты — планы (программы). Такие акты можно рассматривать в двух аспектах. С одной стороны, они являются результатом правоприменительной деятельности органов публичной власти, которая регламентируется нормами права. С другой стороны, плановые акты представляют собой источники регулятивного воздействия и сближаются с нормативными предписаниями[71]. В этом смысле специфика рассматриваемых плановых актов, даже если они касаются директивных предписаний для хозяйственных обществ с участием государства или для государственных корпораций, состоит в том, что они носят индивидуальный характер и распространяются на конкретные имущественные комплексы, обеспечи-

[69] *Алексеев С.С.* Общая теория права. Т. 2. С. 45–49.

[70] *Винницкий А.В.* Публичная собственность: проблемы формирования административно-правовой доктрины: автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2013.

[71] *Винницкий А.В.* Публичная собственность. М.: Статут, 2013.

вающие выполнение публичных функций, независимо от того, что впоследствии они могут быть объединены в сводные планы деятельности предприятий и учреждений какой-либо отрасли или в целом публичного образования. Однако по своей природе речь идет именно о плановых актах, поскольку они содержат ряд показателей (директив), выполнение или достижение которых является обязательным в рамках установленного периода[72].

Некоторые ученые делают попытку определить природу плановых актов в сфере госзакупок. Е.В. Соломонов и А.А. Юрицын показывают, что в отличие от советского периода плановые документы заказчиков претерпели значительные изменения ввиду децентрализации экономических отношений. Мы имеем дело с конкретизацией плановых актов на различных уровнях[73] посредством индивидуальных велений сначала от главных распорядителей бюджетных средств, затем от самих получателей. И если ранее планы в индивидуальном порядке доводились до исполнителей, то на сегодняшний день можно утверждать лишь о доведении финансирования[74].

Однако следует вспомнить, что планирование осуществляется либо на макроуровне — применительно к составам публичного имущества в целом (Российской Федерации, ее субъектов, муниципальных образований), либо в отношении отдельных сегментов имущества публичного собственника, либо применительно к единичным имущественным комплексам. На микроуровне планирование призвано обеспечить конкретизацию и в некоторой степени индивидуализацию предпринимательских интересов и приоритетов в рамках имущественного обеспечения функций собственности в течение определенного периода.

С точки зрения экономической теории основными видами планирования являются:

---

[72] Там же.

[73] *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юрид. лит., 1966.

[74] *Соломонов Е.В., Юрицин А.А.* К вопросу о юридической природе плановых актов государственных и муниципальных заказчиков // Вестник Омской юридической академии. 2017. № 1. С. 26–29.

— стратегическое (стратегия предполагает разработку обоснованной (с учетом потенциала и нужд) системы мер достижения намеченных целей);
— директивное (предполагает обязательность плановых показателей и установление ответственности соответствующих субъектов за их невыполнение);
— индикативное (предполагает установление в плане определенных показателей (например, характеризующих динамику, структуру и эффективность экономики, состояние финансово-кредитной системы и денежного обращения и др.) с целью достижения пропорциональности и планомерности развития экономики или ее отдельных частей).

И если, например, акты директивного планирования носят адресный характер, обязательны для всех исполнителей, а должностные лица несут ответственность за невыполнение плановых заданий, то в отношении индикативного планирования используется несколько иной подход.

Индикативное (договорное) планирование предполагает установление в плане определенных показателей с целью достижения пропорциональности и планомерности развития[75]. Индикативное планирование — механизм координации интересов и деятельности государственных и негосударственных субъектов управления экономикой, сочетающий ее госрегулирование с рыночным и нерыночным регулированием, основанный на разработке системы показателей (индикаторов) социально-экономического развития[76]. Индикативное планирование является продолжением и развитием прогнозирования.

В отличие от актов директивного планирования, вопрос об обязательности или необязательности индикативного планирования должен решаться, исходя из юридической силы акта, в котором содержатся показатели:

---

[75] См.: *Белицкая А.В.* Международный опыт правового закрепления государственной инвестиционной политики // Юрист. 2018. № 2. С. 11–17.

[76] *Москаленко А.Д.* Индикативное планирование и туризм. Методы индикативного планирования// Проблемы экономики и менеджмента. 2016. № 6. С. 31–35.

— норма права (обязательные правила для неограниченного круга лиц неоднократного применения);
— индивидуальные предписания (ненормативные акты), договоры.

Например, согласно ст. 7.29.3 КоАП предусмотрена ответственность за нарушения при планировании закупок.

Даже нормативные положения актов (документов) планирования обладают определенной спецификой.

Рассмотрим вопросы планирования в процедурах банкротства. Природа плана реорганизационной (реабилитационной) процедуры при общей частноправовой направленности процедуры внешнего управления остается дискуссионной.

Утверждение плана внешнего управления (и изменений к нему) воспринимается как форма управления субъектом частного права — должником. В то же время план внешнего управления оценивается как результат свободного волеизъявления частных лиц, участвующих в деле о банкротстве. Например, в силу ст. 84 Закона о банкротстве в случае отсутствия обеспечения исполнения должником обязательств в соответствии с графиком погашения задолженности разрабатывается план финансового оздоровления. Этот документ готовится учредителями (участниками) должника, собственником имущества должника — унитарного предприятия, утверждается собранием кредиторов. В плане финансового оздоровления должно содержаться обоснование возможности удовлетворения требований кредиторов в соответствии с графиком погашения задолженности. В рамках внешнего управления также предусматривается планирование. Согласно ст. 106 Закона о банкротстве не позднее чем через месяц с даты своего утверждения внешний управляющий обязан разработать план внешнего управления и представить его собранию кредиторов для утверждения. В этом документе должны предусматриваться меры по восстановлению платежеспособности должника, условия и порядок реализации указанных мер, расходы на их реализацию и иные расходы должника.

В доктрине правовая природа плана внешнего управления вызывает дискуссии. С одной стороны, законодатель прямо не

указывает, как это имеет место в отношении графика погашения задолженности в процедуре финансового оздоровления, что данный документ порождает какие-либо права и обязанности. С другой стороны, Закон о банкротстве допускает возможность признания арбитражным судом недействительным полностью или частично плана внешнего управления по ходатайству лица или лиц, права и законные интересы которых были нарушены. План внешнего управления рассматривают в качестве сделки[77] — как договор, заключаемый между внешним управляющим и кредиторами[78]. Кроме того, план внешнего управления рассматривают в качестве локального акта, бизнес-плана[79]. Правовая природа плана определяется и иначе: план внешнего управления признают правообразующим юридическим фактом, не имеющим ни признаков сделки, ни ненормативного акта[80]. План подлежит утверждению собранием кредиторов, т. е. утверждение плана не предполагает в нем какого-либо участия должника в лице его коллегиальных органов, поскольку составление плана возложено на внешнего управляющего. Пункт 6 ст. 107 Закона о банкротстве предполагает, что план внешнего управления может быть полностью или частично признан недействительным по ходатайству лиц, если он нарушает их права и законные ин-

[77] *Телюкина М.В.* Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)». 2-е изд. М., 2004. С. 279; Она же. Основы конкурсного права. С. 347; Кораев К.Б. Правовой статус конкурсных кредиторов в деле о банкротстве. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 144.

[78] *Ращевский Е.* К вопросу о юридической природе плана внешнего управления // Хозяйство и право. 2000. № 12. С. 18.

[79] *Беляева Т.* План финансового оздоровления: особенности, риски, экспертиза // Вестник ФСФО России. 2003. № 7. С. 19; *Новоселов Е.В.* Банкротство: путеводитель по принятию решений. М.: Юстицинформ, 2014. С. 82.

[80] *Карелина С.А.* О правовой природе плана внешнего управления // Хозяйство и право. 2008. № 7; Она же. Механизм правового регулирования отношений несостоятельности. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 400, 458–460; *Дорохина Е.Г.* Правовое регулирование управления в системе банкротства. М., 2009 // Подготовлен для системы «КонсультантПлюс»; *Курбатов А.Я., Пирогова Е.С.* Ограничение правоспособности и дееспособности юридических лиц — должников в рамках дел о несостоятельности (банкротстве). М., 2011. // СПС «КонсультантПлюс».

тересы. Указание на порядок принятия плана заставляет поставить и вопрос о соотнесении плана и решения собрания.

Представляется, что в юридическом составе план внешнего управления не является актом реализации правосубъектности юридического лица — должника. Собрание кредиторов формирует коллективную волю кредиторов, а не юридического лица — должника. Сомнительно утверждение о том, что воля кредиторов формируется не путем взаимного согласия, а посредством подчинения воли меньшинства (кредиторов с меньшим объемом требований к должнику) воле большинства (кредиторов с большим объемом требований к должнику). Не обнаруживается в данном случае и многосторонняя сделка с участием кредиторов.

По свидетельству Т.П. Шишмаревой[81], заключение плана санации по немецкому праву рассматривается как договор (например, как договор особого вида об отсрочке (освобождении) от требований и(или) продолжении деятельности предприятия, либо в качестве специфического договора института несостоятельности, а не обычного гражданско-правового договора), а его утверждение судом — как решение (мировое соглашение), а противоречия остаются при обеих моделях. По ее данным, с точки зрения договорной теории план санации по своему содержанию представляет гражданско-правовой договор, которым урегулированы имущественные отношения и отношения ответственности[82].

Между тем применительно к российскому правопорядку следует согласиться с мнением Т.П. Шишмаревой[83], согласно которому план внешнего управления вряд ли можно рассматривать в качестве основания мирового соглашения, поскольку законодатель допускает одновременно и возможность заключения мирового соглашения в процедуре внешнего управления, хотя план

[81] *Шишмарева Т.П.* Недействительность сделок и действий в процедурах несостоятельности в России и Германии. М.: Статут, 2018. // СПС «КонсультантПлюс».

[82] Insolvenzordnung: (InsO). Kommentar / Hrsg. VonStefanSmid. P. 1028.

[83] *Шишмарева Т.П.* Недействительность сделок и действий в процедурах несостоятельности в России и Германии. М.: Статут, 2018. // СПС «КонсультантПлюс».

вполне может быть и основанием мирового соглашения, на наш взгляд.

В то же время содержание плана внешнего управления в том виде, в котором он представлен в действующем законодательстве, имеет более широкие границы по сравнению с гражданско-правовым договором. Т.К. Мартышина отметила, что «план внешнего управления, тесно связанный с хозяйственной деятельностью субъекта, обязательно должен содержать определенные экономические характеристики и показатели, которые должны обосновываться соответствующими экономическими прогнозными расчетами и проектировками»[84].

Будут ли иметь правовое значение такие положения, включенные в плане внешнего управления, если считать его договором между внешним управляющим и кредиторами? Мы полагаем, что да. Но последствия эти будут весьма специфичными. Внешний управляющий имеет право распоряжаться имуществом должника в соответствии с планом внешнего управления с ограничениями, предусмотренными Законом о банкротстве (ст. 99). Иными словами, в силу закона он наделяется определенными полномочиями, ограниченными, кроме всего прочего, планом. В судебной практике планы внешнего управления признаются недействительными, если они нарушают права и законные интересы учредителей[85]. То есть управляющий ограничен планом, защищающим права и законные интересы учредителей.

Непредставление арбитражному суду плана внешнего управления в течение четырех месяцев с даты введения процедуры внешнего управления влечет невозможность продолжения процедуры и предоставляет право арбитражному суду признать должника несостоятельным (банкротом) и открыть процедуру конкурсного производства.

[84] *Мартышина Т.К.* План внешнего управления // Правовые проблемы несостоятельности (банкротства) / под ред. С.А. Карелиной. М., 2004. С. 120.

[85] См.: Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 28.04.2015 № Ф06-2005/2013, Ф06-22773/2015 по делу № А65-5747/2013, Определение ВС РФ от 26.08.2015 № 306-ЭС14-8512 по делу № А65-5747/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

Внешний управляющий может быть отстранен арбитражным судом от исполнения обязанностей внешнего управляющего на основании решения собрания кредиторов об обращении в арбитражный суд с ходатайством в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения внешним управляющим возложенных на него обязанностей или невыполнения предусмотренных планом внешнего управления мер по восстановлению платежеспособности (ст. 98 Закона о банкротстве). Следовательно, частно-публичный характер отношений при банкротстве влечет необходимость признания за планами в рамках банкротного процесса особой природы — договорной по сути, но обладающей признаками директивности.

Анализ инструментов планирования показал, что природа актов планирования может быть разной в зависимости от уровня планирования и его целей. Концепции развития, программные документы, изданные органами власти, акты планирования публичной собственности и план внешнего управления должником обладают единой природой как документы, оформляющие передачу полномочий в связи с управлением имуществом или лицом. В этом они имеют сходство с локальными корпоративными и иными актами. Их нормативный характер имеет разную силу в зависимости от вида акта, но в целом и для сферы частноправового регулирования закономерности будут те же: обязательность акта планирования не отменяет неопределенность или отсутствие правового регулирования. Предложенная нами концепция, безусловно, требует своего дальнейшего осмысления. Но в ее основе остается концепция профессора Е.П. Губина. Он подчеркивал в своей работе, что планирование может осуществляться как на макро-, так и на микроуровне. Но саморегулирование на уровне рынка не заменяет планирования[86].

Мы выбрали для исследования лишь одно из направлений научной деятельности Е.П. Губина. Планирование как элемент управления, как уже отмечалось, до сих пор редко исследуется. Однако, как представляется, это не снижает важности рассма-

[86] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 192.

триваемой проблематики. Анализируя отношения планирования с точки зрения советского права, В.К. Мамутов отмечал, что при исследовании данного вопроса в литературе речь часто идет о планах вообще, а не о конкретных их видах и разновидностях. При этом «с недооценкой как в науке, так и практике управления значения правовой формы вообще и процедуры выработки, доведения до исполнителей изменения плановых решений в частности связаны многие недостатки в планировании»[87]. Проведенный нами анализ идей профессора Е.П. Губина позволил показать, что разработанные им концепции обладают высокой актуальностью, послужили основой для развития целой научной школы предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова, восприняты коллегами из других научных школ, практическими работниками. И в то же время многие поставленные им задачи все еще находятся на повестке дня современной российской юриспруденции.

Библиография:

1. *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юрид. лит., 1966.
2. *Андреева Л.В.* Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. М.: Волтерс Клувер. 2009.
3. *Белицкая А.В.* Правовое обеспечение государственной инвестиционной политики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2018.
4. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005.
5. *Дорохина Е.Г.* Правовое регулирование управления в системе банкротства. М., 2009.
6. *Карелина С.А.* Механизм правового регулирования отношений несостоятельности. М.: Волтерс Клувер, 2008.

[87] *Мамутов В.К.* Совершенствование правового регулирования хозяйственной деятельности (методология, направления). Киев, 1982. С. 84.

7. *Кичик К.В.* Законодательство России о государственных (муниципальных) закупках: состояние и перспективы (лекция в рамках учебного курса «Предпринимательское право») // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право в России и за рубежом». 2012. № 1. С. 2–12.
8. *Лаптев В.В.* Правовое положение государственных промышленных предприятий в СССР. М., 1963.
9. Прогнозирование и планирование в условиях рынка // под ред. Т.Г. Морозовой, А.В. Пикулькина. М., 1999.
10. *Харитонова Ю.С.* Управление в гражданском праве: проблемы теории и практики. М.: Норма, Инфра-М, 2011.

1.5. Предпринимательское право: формирование и развитие науки в учениях профессора Е.П. Губина

Аннотация. В статье автор пишет о научной мысли профессора Е.П. Губина, поддерживая его идею о том, что наука предпринимательского права также связана с анализом практики хозяйственной, экономической и без учета конкретных экономических (хозяйственных) отношений развиваться не может. Анализ идей ученого свидетельствует об их практической пользе для предпринимательского права.
Ключевые слова: предпринимательское право, экономика, частное и публичное право.

Annotation. In the article the author writes about the scientific thought of Professor E.P. Gubin, supporting his words that the science of business law is also associated with the analysis of the practice of economic, economic and without specific economic (economic) relations can not be developed. The analysis of the scientist's ideas testifies to their practical benefits for business law.
Keywords: entrepreneur law, Economics, private and public law.

Сегодня трудно и невозможно себе представить любому ученому, юристу, а также студенту юридических специальностей развитие российской науки предпринимательского права без ученого и человека с большой буквы, профессора, заведующего кафедрой предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова, Заслуженного юриста Российской Федерации ***Губина Евгения Парфирьевича***. Для многих из нас Евгений Парфирьевич является кумиром, лидером, а также ориентиром развития науки предпринимательского права. И здесь невозможно не вспомнить о «подсказке» Е.П. Губина об особенностях развития науки предпринимательского права, которая, по его мнению, основывается не только на юридической практике, но и связана с анализом практики хозяйственной, экономической, и без учета конкретных экономических (хозяйственных) отношений

развиваться не может[88]. Яркий пример сказанного мы снова находим в трудах Е.П. Губина: вновь возникшие на рынке отношения, связанные с использованием криптовалют, требуется урегулировать[89]. С выше приведенным высказыванием уважаемого Евгения Парфирьевича не поспоришь, все очевидно — экономическая (хозяйственная) практика формирует задачи науки предпринимательского права.

Е.П. Губин является одним из первых представителей науки предпринимательского права, кто, отмечая изменение предмета науки, отрасли, законодательства, учебного курса предпринимательского права в связи с изменением основы правового регулирования — экономики, обращает внимание на включение в предмет предпринимательского права отношений, связанных с саморегулированием, отношений, связанных с осуществлением профессиональной деятельности[90]. Вопрос о правовой природе саморегулирования предпринимательских и профессиональных отношений остается вплоть до настоящего времени одним из самых актуальных, особенно в свете принятия Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 223-ФЗ (ред. от 28 декабря 2017 г.) «О саморегулируемых организациях в сфере финансовых рынков»[91], в котором представлена иная концептуальная позиция законодателя по вопросу функциональной значимости саморегулируемых организаций в указанной сфере по сравнению с закрепленной в Федеральном законе от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ (ред. от 3 августа 2018 г.) «О саморегулируемых организациях»[92]. Профессор Е.П. Губин исключает противопоставление между частным и публичным в правовом статусе саморегулируемых организаций: «Попытка все и вся отнести к частному праву есть попытка решения

[88] *Губин Е.П.* Теория и практика правового регулирования предпринимательской деятельности: соотношение и взаимосвязь // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 5.

[89] Там же. С. 5.

[90] *Губин Е.П.* Предмет предпринимательского права: современный взгляд // Предпринимательское право. 2014. № 2. С. 9.

[91] СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I). Ст. 4349.

[92] СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.

задач неугодными средствами, поскольку публичный элемент присутствует всегда и везде, и не замечать это — значит заранее предопределять невозможность решения конкретных задач в экономике и праве»[93]. Саморегулирование, как указывает Е.П. Губин, не заменяет государственное регулирование, оно представляет собой самоорганизацию, способ координации участников хозяйственной и профессиональной деятельности между собой и с государством, самостоятельное явление, не сводящиеся, с одной стороны, к реализации функции государства, а с другой — исключительно к реализации интересов участников саморегулируемых организаций[94].

При всем «великодушии» к саморегулированию, профессор Е.П. Губин считает, что существует объективная необходимость государственного регулирования рыночной экономики[95], именно государство является центральным фактором экономического развития страны, а инструментарий воздействия на экономику более чем разнообразен: государственный сектор экономики, приватизация, субсидии государственного бюджета, планирование и прогнозирование[96].

В свое время на защите докторской диссертации автора настоящих строк профессор Е.П. Губин, выступая в качестве официального оппонента, поставил ряд важных и дискуссионных вопросов, которые требовали пояснений и дополнительной аргументации в отношении: 1) специального принципа функционирования саморегулируемой организации — принципа независимости от государства, от ее членов и их групп; 2) тезиса автора о том, что саморегулирование следует рассматривать как «опосредующее звено» между государством и предпринимате-

---

[93] *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 28.

[94] Там же.

[95] *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. М., 2005. С. 10.

[96] *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 29.

лем[97]. Понимая роль и значение государства в экономическом развитии страны, автором настоящих строк была предпринята попытка обосновать компромисс частноправового и публично-правового регулирования, но вопросы, поставленные профессором Е.П. Губиным на защите диссертации, позволили сконцентрировать правильно наше внимание, во-первых, на пределах действия принципа независимости саморегулируемых организаций от государства, а во-вторых, выделить возможные способы взаимоотношений между предпринимателем и государством с участием саморегулируемых организаций. В дальнейшем это позволило нам более взвешенно подойти к вопросу о самих предпринимательских отношениях, не ограничиваясь только констатацией факта о сочетании частноправовых и публично-правовых методов их регулирования.

Важной в свете неутихающей в юридической науке дискуссии о правовой природе корпоративных отношений представляется точка зрения профессора Е.П. Губина об отнесении их к предмету предпринимательского права. Как отмечает профессор Е.П. Губин, составной частью корпоративных отношений являются управленческие отношения, а они всегда — отношения вертикальные, властные, и, следовательно, их включение в предмет гражданского права противоречит основным принципам гражданского права, прежде всего принципу равенства[98]. Мы солидаризируемся с выше приведенной точкой зрения, и в качестве дополнительной аргументации позиции профессора Е.П. Губина можно также привести, например, высказывание профессора И.С. Шиткиной: «корпоративные отношения регулируются не только гражданским законодательством и не являются исключительно гражданско-правовыми, и тогда органы корпорации можно признать субъектами корпоративного правоотношения, без наделения их свойством гражданской правосубъект-

[97] *Лескова Ю.Г.* Саморегулирование как правовой способ организации предпринимательских отношений: проблемы теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / РАНХиГС при Президенте РФ. М., 2013. С. 15, 18.

[98] *Губин Е.П.* Предмет предпринимательского права: современный взгляд // Предпринимательское право. 2014. № 2. С. 10.

ности»[99]. Кроме того, придерживаясь точки зрения, согласно которой саморегулирование в форме саморегулируемой организации является особой разновидностью корпоративного управления, которое включает в себя еще и управляющее воздействие саморегулируемой организации в отношении предпринимательской деятельности ее членов (т. е. объектом управления являются также отношения по поводу эффективной организации и координации всех ее членов, контактирующих как между собой, так и с внешней средой (потребителями, государством)), мы включаем в число источников корпоративного права также кодексы профессиональной этики, которые носят обязательный характер и содержат санкции к нарушителям за их неисполнение (ст. 7 ФЗ от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ (ред. от 23 апреля 2018 г.) «Об аудиторской деятельности»[100]). Включение корпоративных отношений в предмет предпринимательского права позволяет учитывать в числе источников корпоративного права акты подобного рода.

Еще одно интересное предложение профессора Е.П. Губина, на которое хотелось бы обратить внимание: «...хочется верить, что рано или поздно появится еще одна новая научная специальность — предпринимательское право»[101]. Действительно, сегодня есть все предпосылки для появления новой научной специальности. А то, что мы имеем сегодня в плане таких научных специальностей, по которым готовятся диссертации, как 12.00.03 (гражданское право, предпринимательское право; семейное право; международное частное право) и 12.00.07 (корпоративное право; конкурентное право; энергетическое право) вызывает некоторое недоумение даже с точки зрения того, какие отрасли науки они объединяют. Так, научная специальность 12.00.03 включает в себя исследования по отраслям частного права (гражданскому праву, семейному праву, международному

[99] Корпоративное право: Учебный курс. В 2 т. / отв. ред. И.С. Шиткина. Т. 1. М., 2017. С. 62.

[100] СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 15.

[101] *Губин Е.П.* Предмет предпринимательского права: современный взгляд. С. 12.

частному праву) и предпринимательскому праву (относящемуся к числу отраслей публичного права), от которого отделились такие ранее рассматриваемые в его рамках направления, как конкурентное право, энергетическое право. Научная специальность 12.00.07 представляет собой не вполне понятную «солянку» отраслей правой науки, мало и незначительно соприкасающихся друг с другом (корпоративное право, конкурентное право, энергетическое право). Более того, в паспортах указанных двух научных специальностей (хотя имеющих рекомендательный характер, но на которые ориентируются научное сообщество и Высшая аттестационная комиссия Минобразования РФ)[102] остаются, например, вопросы как корпоративного права, так и конкурентного права, в результате чего возникают споры о соответствии специальностям защищаемых диссертаций на соискание ученых степеней. Поэтому, на наш взгляд, в настоящее время вопрос о научных специальностях по направлению подготовки 40.06.01 «Юриспруденция» требует обдуманного подхода к их формированию.

Кафедра предпринимательского, трудового и корпоративного права Института права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ как часть научной школы предпринимательского права России сохраняет единство отрасли, законодательства и учебной дисциплины — предпринимательского права, о котором говорит профессор Е.П. Губин. Это необходимо прежде всего с точки зрения формирования и развития единой школы предпринимательского права в России: «... единство и дифференциация возможны и вполне естественны в вопросах формирования и развития научных и научно-педагогических школ предпринимательского права. Важно, чтобы их движение вперед отвечало современным требованиям, запросам экономики, права, образования, а дифференциация не приводила к дроблению целого в угоду сиюминутным кажущимся преимуществам»[103]. Неким ориентиром в достижении постав-

[102] URL: http://vak.ed.gov.ru/316 (дата обращения 01.11.2018).

[103] *Губин Е.П.* К вопросу о научно-педагогических школах, учебниках и преподавании предпринимательского права в Вузах России // Вестник университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 11. С. 28.

ленных задач стали подготовленные на кафедре предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова учебники, ответственными редакторами которых стали профессор Е.П. Губин и доцент П.Г. Лахно (3-е издание учебника было выпущено в 2018 г.[104]).

В настоящей статье мы затронули только некоторые выводы и достижения профессора Е.П. Губина как ученого. Хотелось бы также подчеркнуть роль Евгения Парфирьевича в становлении и развитии кафедры предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова. Не являясь членом кафедры, которую возглавляет Евгений Парфирьевич, и наблюдая со стороны (извне) за ее достижениями, я не могу не заметить главное качество ее руководителя (которому многим из нас стоит учиться!) — помогать молодому поколению в его начинаниях, быть человеком с большой буквы, быть смелым и интересным. Однажды Евгений Парфирьевич в воспоминаниях о А.Г. Быкове написал следующие строки: «Увеличение кафедры более чем в два раза за двадцать лет — это заслуга А.Г. Быкова и отражение объективной востребованности научных знаний созданной им школы»[105]. Сегодня коллектив кафедры, думаю, со мной согласится в том, что это также заслуга Евгения Парфирьевича, способного создать в современных условиях творческий и работоспособный коллектив, на который равняются научные школы предпринимательского права других вузов.

И немного строк о Евгении Парфирьевиче как о Человеке — более чуткого, доброжелательного и искреннего отношения к своим коллегам, ученикам, соискателям, диссертантам я не встречала. Прошло пять лет с момента защиты моей докторской диссертации, но выступление и поддержку Евгения Парфирьевича я помню и ощущаю до сих пор!

Великий Ученый, великий Человек, великий Руководитель!

---

[104] Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2018.

[105] А.Г. Быков: Человек, Ученый, Учитель / отв. ред. Е.П. Губин. М.: Стартап, 2013. С. 36.

Библиография:

1. А.Г. Быков: Человек, Ученый, Учитель / отв. ред. Е.П. Губин. М.: Стартап, 2013.
2. *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1.
3. *Губин Е.П.* К вопросу о научно-педагогических школах, учебниках и преподавании предпринимательского права в вузах России // Вестник университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 11.
4. *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. М., 2005. С. 10.
5. *Губин Е.П.* Предмет предпринимательского права: современный взгляд // Предпринимательское право. 2014. № 2.
6. *Губин Е.П.* Теория и практика правового регулирования предпринимательской деятельности: соотношение и взаимосвязь // Предпринимательское право. 2018. № 1.
7. Корпоративное право: Учебный курс. В 2 т. / отв. ред. И.С. Шиткина. Т. 1. М., 2017.
8. *Лескова Ю.Г.* Саморегулирование как правовой способ организации предпринимательских отношений: проблемы теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / РАНХиГС при Президенте РФ. М., 2013.
9. Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2018.

1.6. Предпринимательская деятельность: трудности и правовые последствия квалификации

Аннотация. Автор анализирует такие правовые категории, как предпринимательская деятельность, экономическая деятельность, самозанятые лица. Приведенные примеры из практики заставляют задуматься о подвижности границ между предпринимательской и иной экономической деятельностью и о том, нужна ли уголовная ответственность за незаконное предпринимательство.
Ключевые слова: предпринимательская деятельность, экономическая деятельность, самозанятые, ответственность.

Annotation. The author analyzes such legal categories as entrepreneurial activity, economic activity, self-employed persons. The examples from practice make us think about the mobility of the boundaries between entrepreneurial and other economic activities and whether criminal liability for illegal entrepreneurship is necessary.
Keywords: entrepreneurial activity, economic activity, self-employed, responsibility.

Идея написания этой работы подсказана юбиляром: с одной стороны, — его статьей «Предмет предпринимательского права: современный взгляд»[106], с другой — тем, что он постоянно подталкивает меня к учебно-методической работе, например, организации на кафедре учебно-методического «семинара о проведении семинаров». Так что это точно посвященная ему работа, но с жанром я не могу определиться — нечто среднее между статьей и материалами к семинарскому занятию. Поэтому если я формулирую фразы в первом лице во множественном числе — это не «научное множественное», а обращение к слушателям.

[106] *Губин Е.П.* Предмет предпринимательского права: современный взгляд // Предпринимательское право. 2014. № 2. С. 9–14.

* * *

Изучение предпринимательского права, как любой отраслевой дисциплины, начинается с предмета отрасли.

Легальное понятие предпринимательской деятельности, как известно, содержится в абз. 3 п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса РФ, и хотя из самого текста ст. 2 следует, что это определение дается для использования в рамках ГК, что оно отраслевое, а не универсальное[107], на практике, в отсутствие других определений, оно применяется для уяснения смысла норм совершенно других отраслей — вплоть до уголовно-правовых норм[108].

Из легального определения предпринимательской деятельности легко видеть такие ее признаки, как самостоятельность, осуществление на свой риск и направленность на систематическое получение прибыли.

Первый признак (самостоятельность) обычно используют, чтобы показать разницу между предпринимательской деятельностью и работой по найму. При этом в некоторых случаях самостоятельность является фикцией, например, если речь идет о дочерней компании, чьи решения определяет материнская компания, самостоятельность дочерней компании отсутствует, однако она признается субъектом предпринимательской деятельности, хотя законодательство в определенных случаях придает значение способности материнской компании определять ее решения и допускает «снятие корпоративной вуали».

Второй признак — рисковый характер. Предпринимательская деятельность связана с самостоятельным несением риска убытков, невыполнения обязательств со стороны контрагентов; существуют и иные риски — необоснованного уголовного преследования, неблагоприятного изменения законодательства и т. п. Только часть этих рисков можно переложить на страховые компании. Поэтому оговорка, которую допускают

[107] Подробнее см., напр.: *Олейник О.М.* Понятие предпринимательской деятельности: теоретические проблемы формирования // Предпринимательское право. 2015. № 1. С. 3–17.

[108] Подробнее см.: *Губин Е.П.* Указ. соч.

многие студенты, пытаясь воспроизвести легальное определение предпринимательской деятельности («...осуществляемая на свой страх и риск...»), не столь ошибочна и не случайна. В нашей стране нестабильного законодательства, малопредсказуемого и характеризующегося обвинительным креном правоприменения осуществление предпринимательской деятельности — занятие для бесстрашных людей (интересно, что и слово «страхование» в русском языке однокоренное со словом «страх», а в других языках — со словами «безопасность», «гарантия», «уверенность»).

Третий признак — направленность на систематическое извлечение прибыли. Понятие прибыли нам известно, например, из налогового законодательства (ст. 247 НК РФ). При этом для квалификации деятельности как предпринимательской важна ее цель, а не результат. Интересно, например, что ст. 171 Уголовного кодекса РФ в качестве одного из альтернативных признаков объективной стороны называет извлечение дохода в крупном размере, а не прибыли. То есть деятельность, квалифицируемая в качестве незаконного предпринимательства, может оказаться и бесприбыльной, и вообще убыточной.

Самостоятельность, рисковый характер, систематическое извлечение прибыли в качестве цели — сущностные признаки предпринимательской деятельности.

Легальное определение предпринимательской деятельности критикуется в доктринальных источниках; дополнительно называются такие ее признаки, как систематический характер[109], профессионализм, создание рабочих мест[110]и ряд других. Вместе с тем в ст. 2 ГК РФ говорится и о государственной регистрации как о формальном атрибуте. Конституционный Суд РФ пояснил, что «отсутствие государственной регистрации само по себе не означает, что деятельность гражданина не может быть ква-

[109] См.: Предпринимательское право Российской Федерации: учебник (3-е изд., перераб. и доп.) / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Норма, ИНФРА-М, 2017. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Абз. 244.

[110] См.: *Олейник О.М.* Указ. соч. С. 3–17.

лифицирована в качестве предпринимательской, если по своей сути она фактически является таковой»[111].

Кроме того, летом 2017 г. в ст. 2 ГК РФ были внесены изменения, и формулировка, в отношении регистрации ранее звучавшая безапелляционно, («лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке»), была смягчена за счет добавления «если иное не предусмотрено настоящим Кодексом»; одновременно в ст. 23 появляется оговорка — «В отношении отдельных видов предпринимательской деятельности законом могут быть предусмотрены условия осуществления гражданами такой деятельности без государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя». Все это воспринимается как подготовка почвы для «выманивания из тени» так называемых самозанятых граждан (п. 70 ст. 217 НК РФ установил для некоторых из них налоговые каникулы). Речь о тех, чьими клиентами являются физические лица, кто не прибегает к наемному труду (репетиторы, няни, сиделки, домработницы); им не надо регистрироваться как индивидуальным предпринимателям, достаточно уведомления о своей деятельности.

Однако вернемся к ним чуть позже, а сейчас ответим на вопрос: если деятельность квалифицируется как предпринимательская, то в отношении каких субъектов осуществляется такая квалификация?

Само собой разумеется, что в отношении юридических лиц и в отношении граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность. А в отношении тех, кто фактически стоит за юридическим лицом? Участников корпорации, членов ее органов? Да, в некоторых случаях предпринимательский характер деятельности «вменяется» и этим лицам. Они ее осуществляют опосредованно, но предпринимательский характер деятельности и в их отношении иногда учитывается, как мы увидим из некоторых примеров.

[111] Определение Конституционного Суда РФ от 02.07.2015 № 1523-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Овчинникова Андрея Александровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 6 и 23 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате». // СПС «КонсультантПлюс».

Есть два постановления Пленума Верховного Суда РФ, в которых приведены контрпримеры — когда деятельность не должна считаться предпринимательской.

Во-первых, Верховный Суд разъясняет, что отдельные случаи продажи товаров/выполнения работ/оказания услуг не должны квалифицироваться как предпринимательская деятельность, если количество товара, ассортимент, объем работ/услуг «и другие обстоятельства не свидетельствуют о том, что данная деятельность была направлена на систематическое получение прибыли». При этом само по себе отсутствие прибыли не означает отсутствие предпринимательской деятельности: прибыль — ее цель, но не непременный результат[112].

Во-вторых, когда гражданин приобрел для личных нужд недвижимое имущество (а равно получил его по наследству или в подарок), но в связи с отсутствием необходимости в использовании этого имущества временно сдал его в аренду/внаем — это тоже не предпринимательская деятельность[113].

Эти примеры заставляют задуматься о подвижности границ между предпринимательской и иной экономической деятельностью и о том, нужна ли вообще уголовная ответственность за незаконное предпринимательство, во всяком случае, в форме деятельности без регистрации.

Ряд примеров и контрпримеров можно продолжить, обратившись к законодательству. Иногда законодатель сам ясно дает понять, относит ли он ту или иную деятельность к предпринимательской. Является ли предпринимательской деятельность нотариусов? На этот вопрос отрицательный ответ дает ст. 1 «Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» от 11 февраля 1993 г. № 4462-1. Для сравнения можно взять аудито-

---

[112] Пункт 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.10.2006 № 18 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // СПС «КонсультантПлюс».

[113] Пункт 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18.11.2004 № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве» // СПС «КонсультантПлюс».

ров. В деятельности нотариусов и аудиторов есть немало общего. И те и другие получают от клиентов вознаграждение. Работа и тех и других призвана обеспечить достоверность информации; в ней присутствуют публичные начала, она требует профессиональной подготовки и не может строиться по принципу «все, что хотите, за ваши деньги». Рука об руку аудиторы и частные нотариусы идут в ст. 202 УК РФ «Злоупотребление полномочиями частными нотариусами и аудиторами». Однако в определенный момент их пути расходятся: ч. 6 ст. 1 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности»[114] устанавливает, что аудиторам «нельзя заниматься иной предпринимательской деятельностью, кроме проведения аудита и оказания услуг, предусмотренных этой статьей». Следовательно, в отличие от нотариальной, аудиторская деятельность квалифицируется законодателем как предпринимательская.

Особенно интересна эволюция, проделанная институтом арбитражного управляющего. Если в старой редакции ст. 20 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» он был индивидуальным предпринимателем, то в редакции от 30 декабря 2008 г. — лицо, занимающееся частной практикой[115].

[114] Федеральный закон от 30.12.2008 № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности» // СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 15.

[115] Любопытен один пример (дело арбитражного управляющего Ю.И. Ломакина), в котором налоговые последствия упирались в предпринимательский характер деятельности. Возник вопрос — можно ли арбитражному управляющему после этих изменений в законодательстве применять так называемую «упрощенку» (налоговые органы посчитали, что он неправомерно с 2011 г. использовал упрощенную систему налогообложения, и доначислили ему 200 с лишним тыс. руб. налогов и штрафа). Президиум ВАС РФ, рассмотревший это дело, констатировал, что арбитражный управляющий является субъектом профессиональной деятельности, занимается частной практикой; с 01.01.2011 его деятельность уже не требует регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, однако он не лишен права на получение такого статуса; в отсутствие прямого законодательного запрета арбитражный управляющий, имеющий статус индивидуального предпринимателя, вправе применять упрощенную систему налогообложения, в том числе и в отношении доходов, полученных от профессиональной деятельности в качестве арбитражного управляющего, и после 01.01.2011 (Постановление Президиума ВАС РФ от 04.03.2014 № 17283/13 по делу № А26-10887/2012 // СПС «КонсультантПлюс»).

Деятельность адвокатов, согласно ст. 1 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»[116], не является предпринимательской. Между тем деятельность частнопрактикующего юриста, который может заниматься тем же, — предпринимательская.

Если гражданин в своем личном подсобном хозяйстве выращивает, допустим, клубнику и продает ее (как, например, блестяще сыгранный Анатолием Папановым персонаж фильма «Берегись автомобиля!»), такая деятельность не считается предпринимательской (ст. 2 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 112-ФЗ «О личном подсобном хозяйстве»). Если тем же самым занимается фермер, это — предпринимательская деятельность.

В отношении некоммерческих организаций в 2014 г. в гражданском кодексе появилась формулировка «приносящая доходы деятельность». Сперва возникли сомнения относительно смысла, который законодатель вложил в данное словосочетание: означает ли это, что такая деятельность теперь не считается предпринимательской? Однако вскоре Верховный Суд разъяснил, что некоммерческие организации могут осуществлять приносящую доход деятельность, если это предусмотрено их уставами, лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и если это соответствует таким целям; «в этом случае на некоммерческую организацию в части осуществления приносящей доход деятельности распространяются положения законодательства, применимые к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность»[117] (надо заметить, что в такой трактовке квалификация деятельности как предпринимательской воспринимается как некий бонус; дальше мы посмотрим, всегда ли это так). То есть оказалось, что некоммер-

[116] Федеральный закон от 31.05.2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

[117] Пункт 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

ческие организации по-прежнему могут осуществлять предпринимательскую деятельность.

Вспомним любопытный пример из судебной практики. Общество защиты прав потребителей предъявило иск в защиту неопределенного круга лиц к религиозной организации «Московский Патриархат», ссылаясь на несоблюдение ответчиком ряда требований законодательства о защите прав потребителей. Возражая против иска, ответчик подчеркнул, что в Федеральном законе от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» «распространение предметов религиозного назначения» как вид деятельности религиозных организаций предусмотрено ст. 17, в то время как о предпринимательской деятельности религиозных организаций говорится в ст. 23, значит, это разные виды деятельности. Суд пришел к удивительному выводу, что «распространение ответчиком религиозной литературы, печатных, аудио- и видеоматериалов и иных предметов религиозного назначения не является торговой деятельностью, поскольку имеет целью достижение уставных задач, связанных с реализацией гражданами права на совместное исповедание и распространение веры»[118]. (Справедливости ради надо заметить, правда, что дело это было рассмотрено ранее, чем упомянутые изменения в ГК РФ и их истолкование Верховным Судом.)

Мы видим, что законодатель и правоприменитель подчас проводят достаточно спорные и искусственные границы между предпринимательской и непредпринимательской деятельностью, в некоторых случаях — явно для того, чтобы «приподнять» какие-то виды деятельности над обычным бизнесом или защитить тех, кто ею занимается, от повышенных требований. В самое ближайшее время правоприменительная практика столкнется и с такой проблемой, как квалификация в качестве предпринимательской деятельности самозанятых и людей, занятых в сфере «экономики совместного потребления».

[118] Решение Хамовнического районного суда г. Москвы от 20.07.2012 г. по делу № 2-1933/12. См. также Апелляционное определение Московского городского суда от 14.09.2012 г. № 11-20491/12 // СПС «Гарант». URL: http://base.garant.ru/104880032/

Какой же практический смысл имеет разграничение предпринимательской и непредпринимательской деятельности? Какие практические последствия влечет признание деятельности предпринимательской и в отношении кого эти последствия применяются? «Предпринимателей де-факто» или только «предпринимателей де-юре», зарегистрированных в таком качестве? Или и в отношении «опосредованных предпринимателей»?

Для гражданско-правовых отношений — это, прежде всего, повышенный риск привлечения к гражданско-правовой ответственности за неисполнение обязательств и нарушение чужих интеллектуальных прав, которая может возникать вне зависимости от вины (п. 3 ст. 401, абз. 3 п. 3 ст. 1250 ГК РФ). Применительно к ответственности по обязательствам, вытекающим из сделок, п. 4 ст. 23 ГК РФ устанавливает, что речь идет о предпринимателе де-факто: на отсутствие регистрации, чтобы избежать безвиновной ответственности, ссылаться не получится. Подобным же образом вопрос должен быть решен и в контексте ответственности за нарушения интеллектуальных прав. Иное бы означало необоснованное поощрение тех, кто занимается бизнесом без регистрации.

Помимо этого, существуют особенности регулирования предпринимательских обязательств. Некоторые договорные конструкции рассчитаны на специальный субъектный состав. Например, соглашение о возмещении потерь по ст. 406.1 ГК РФ может быть заключено сторонами, действующими при осуществлении ими предпринимательской деятельности (плюс некоторыми участниками корпоративных отношений); происходит «опрокидывание» некоторых презумпций, например, о возможности/невозможности досрочного исполнения обязательств (ст. 315 ГК РФ). Эти нормы также должны распространяться и на «предпринимателей де-факто» в тех случаях, когда речь идет о более гибком правовом регулировании, а не о возможности поставить в менее выгодное положение потребителя.

В контексте административной и уголовной ответственности отнесение деятельности к «предпринимательской де-факто», разумеется, важно для ее квалификации по ст. 14.1

КоАП РФ и ст. 171 УК РФ («незаконное предпринимательство»).

Интерес также представляет судьба института так называемого «договорно-предпринимательского мошенничества», которое было выведено ст. 159.4 УК РФ в так называемый «привилегированный состав». Сейчас она в прошлом, утратила силу с 11 июня 2015 г. в соответствии с Постановлением Конституционного Суда РФ от 11 декабря 2014 г. № 32-П. Она была признана отчасти противоречащей Конституции, главным образом со ссылкой на нарушение принципа равенства, поскольку устанавливала более мягкую ответственность, чем за ординарное мошенничество. Однако впоследствии это договорно-предпринимательское мошенничество вновь всплыло в ч. 5–7 ст. 159 УК, введших тоже своего рода привилегированный состав, но только не с другими санкциями, а с другими по сравнению с простым мошенничеством пределами для «значительного ущерба», «крупного размера» и «особо крупного размера». В примечании к статье сказано, что это случаи преднамеренного неисполнения договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, когда сторонами договора являются индивидуальные предприниматели и/или коммерческие организации. Из этого следует, что законодатель распространяет данный «бонус» лишь на зарегистрированных субъектов предпринимательской деятельности (и «опосредованных предпринимателей» — лиц, определяющих решения организаций), да и то не на всех: занимающиеся предпринимательской деятельностью некоммерческие организации (точнее, их руководители) на него рассчитывать не могут.

Схожим образом решается вопрос с неприменением к предпринимателям в качестве меры пресечения заключения под стражу (п. 1.1 ст. 108 УПК РФ). Как определить, в каком случае предполагаемые мошенничество, присвоение или растрата совершены в сфере предпринимательской деятельности? Предпринимателем должен быть только подозреваемый/обвиняемый или же и потерпевший? Идет ли речь только о «предпринимателях де-юре» или же и о «предпринимателях де-факто», а также об «опосредованных предпринимателях»? В Постановлении

Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» (п. 8) разъяснено, что имеются в виду лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность самостоятельно или участвующие в предпринимательской деятельности, осуществляемой юридическим лицом, если «эти преступления непосредственно связаны с указанной деятельностью», а именно: индивидуальные предприниматели, которым вменяется совершение преступления «в связи с осуществлением ими предпринимательской деятельности и/или управлением принадлежащим им имуществом, используемым в целях предпринимательской деятельности» и «члены органов управления коммерческой организации в связи с осуществлением ими полномочий по управлению организацией либо при осуществлении коммерческой организацией предпринимательской деятельности». То есть мы вновь сталкиваемся с ограничительным толкованием. Правда, важное дополнение можно встретить в п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 ноября 2016 г. № 48 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности»: если деяния совершены индивидуальными предпринимателями или членами органов управления коммерческих организаций в соучастии с иными лицами, не обладающими указанным статусом, то эти предполагаемые соучастники тоже оказываются защищены от заключения под стражу. Однако несмотря на данное дополнение приходится констатировать, что круг субъектов предпринимательской деятельности в данном случае необоснованно сужен. Нет веских резонов для столь разного отношения к людям, стоящим за коммерческой организацией и за некоммерческой, осуществляющей предпринимательскую деятельность. Что же касается государственной регистрации в качестве индивидуальных предпринимателей, то стремление дополнительно защитить тех, кто не пренебрег регистрацией, вполне оправданно. Однако если теперь закон разрешит гражда-

нам осуществлять некоторые виды предпринимательской деятельности без государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, то и они должны войти в этот круг «бенефициаров».

Итак, мы сталкиваемся не только с буквальным толкованием термина «предпринимательская деятельность». Ограничительное толкование мы часто видим там, где квалификация деятельности как предпринимательской связана с предоставлением каких-либо преимуществ, а более широкое толкование нередко встречаем тогда, когда это связано с возложением дополнительных обязанностей.

Выводы

1. Разделение деятельности на предпринимательскую и непредпринимательскую, осуществляемое законодателем и правоприменителем, противоречиво, нестабильно, подчас выглядит искусственным, проводимым из конъюнктурных соображений.

2. Зачастую более узкий круг лиц считается предпринимателями, когда предпринимательский статус сулит некоторые преимущества, а более широкий — когда он связан с возложением дополнительных обременений, то есть одна и та же деятельность может считаться для одних целей предпринимательской, а для других — нет. Это не всегда можно считать оправданным.

3. Границы между предпринимательской и иной экономической деятельностью становятся все подвижнее под влиянием развития «уберизации», «экономики совместного потребления», «социального предпринимательства». С учетом этого разумно распространять гибкие правовые механизмы, которые были изначально ориентированы на предпринимательские отношения, на более широкую сферу отношений, а от уголовной ответственности за «незаконное предпринимательство» в форме осуществления предпринимательской деятельности без регистрации отказаться.

4. И наконец, при изучении предпринимательского права разумно не ограничиваться собственно предпринимательской

деятельностью, а захватывать некоторую смежную область «про запас».

Библиография:

1. *Губин Е.П.* Предмет предпринимательского права: современный взгляд // Предпринимательское право. 2014. № 2. С. 9–14.
2. *Олейник О.М.* Понятие предпринимательской деятельности: теоретические проблемы формирования // Предпринимательское право. 2015. № 1. С. 3–17.
3. Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник (3-е изд., перераб. и доп.) / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Норма, ИНФРА-М, 2017.

1.7. К вопросу о государственном регулировании национальной экономики

Аннотация. В статье анализируется теория государственного регулировании национальной экономики. Рассмотрены проблемы объема участия государства в распределении общественного продукта. Дана характеристика экономической роли государства. Показано, что в российском законодательстве нет легального определения понятий «государственное регулирование экономики» и «государственное регулирование предпринимательской деятельности».
Ключевые слова: государственное регулирование национальной экономики, экономическая роль государства, доля государственных расходов, законодательство о государственном регулировании экономики, «государственное администрирование».

Annotation. The author analyzes the theory of state regulation of the national economy. The problems of the size of the state participation in the distribution of social product are considered. The characteristic of the economic role of the state is given. It is shown that in the Russian legislation there is no legal definition of the concepts of “state regulation of the economy” and “state regulation of entrepreneurial activity”.
Keywords: state regulation of the national economy, the economic role of the state, the share of public expenditure, legislation on state regulation of the economy, “public administration”.

Статья посвящена анализу теории государственного регулирования национальной экономики. Большинство работ, посвященных этой проблеме, строятся на методологии либерального подхода, ограничивая экономическую роль государства. В начале 2000-х Е.П. Губиным, была разработана современная теория государственного регулирования экономики[119].

[119] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 72–73.

1. Постановка вопроса в начале 2000-х годов. В экономической и юридической литературе обсуждается проблема объема участия государства в распределении общественного продукта. Международный валютный фонд опубликовал доклад, где приводятся данные, охватывающие более чем столетний период. Что бросается в глаза — этот особый, выходящий из эволюционного ряда путь развития российской экономики[120].

Либерально-цивилистическая школа предпринимательского права России (в настоящее время это господствующее течение в правоведении России) игнорирует основные современные тенденции экономической роли государства:

1. Развитые государства, особенно США, вопреки рекомендациям, которые сами раздают другим странам, неуклонно расширяют и углубляют государственное вмешательство. Согласно законодательству США регулированием экономики занимаются 6 из 12 министерств, 25 из 45 агентств, 5 из 9 подразделений управления президента. Деятельность этих органов охватывает практически все отрасли хозяйства.

2. Евросоюз по регулированию экономики затмил даже плановую советскую систему. Вплоть до того, что рационы для животных устанавливаются Брюсселем для всей еврозоны. Япония разрабатывает 12 тыс. общегосударственных плановых балансов. Это в 30 раз больше, чем их было в Госплане СССР.

3. Понимание того, что Б. Ельцин с Е. Гайдар по рекомендации Запада вытолкнули государство из экономики и получили дефолт 1998 г. К счастью, тогда рамки приватизации были ограничены, что спасло для государства солидные ресурсы. Нынешняя приватизация по всем параметрам затмила ваучеризацию. Она ускорит развал российской экономики[121].

2. Законодательство о государственном регулировании экономики. В 1992 году Россия вступает в Международный валютный фонд (МВФ), и правительство Ельцина — Гайдара подпи-

[120] *Дойников И.В.* Проблемы гражданского и предпринимательского права в Послании Президента РФ Федеральному Собранию России в 2009 году // Гражданское право № 1. 2010. С. 10–11.

[121] *Валовой Д.* О чем не думают экономисты. М., 2017.

сывает с фондом «Письмо о намерениях» и берет обязательства внедрять программы «переходного периода», законы и кодексы, разработанные только экспертами фонда. Таким образом, формирование институтов «рыночной экономики» перешло к МВФ, представляющему интересы США и ЕС. Поэтому президент и правительство России являются в рамках международного договора — «Письма о намерениях» — только исполнителями программ «переходного периода», менеджерами, выбранными субъектом управления[122].

Проблема соотношения гражданского и предпринимательского законодательства и государства была решена в Гражданском кодексе с позиции доктрины МВФ и Вашингтонского консенсуса[123].

В настоящее время законодатель активно использует категорию «государственное регулирование», например, в Федеральном законе № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»[124], также термин «основы государственного регулирования» используется в Федеральном законе № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства»[125].

В российском законодательстве нет легального определения понятий «государственное регулирование экономики» и «государственное регулирование предпринимательской деятельности». Это вполне объяснимо, поскольку отсутствует системообразующий акт по регулированию хозяйственных отношений. В

122 *Дойников И.В.* Актуальные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права: учеб. пособие для вузов. М.: МПСУ; Воронеж: МОДЭК. 2012. С. 56–57.

123 *Яковлев В.Ф.* Гражданский кодекс. Заметки из истории подготовки проекта. Замечания о содержании кодекса, его значение и судьбе / Сборник Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория, Практика / отв. ред. А.Л. Маковский. М., 1998. С. 58–66.

124 Федеральный закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 1. Ст. 2.

125 Федеральный закон от 29.12.2006 № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства» // СЗ РФ. 2007. № 1 (1 ч.). Ст. 27.

отношении конкретных сфер экономики такие понятия можно найти[126].

3. Экономическая роль государства. В XX в. возникло неоклассическое направление в экономической науке (его представители — Э. Чембермен, Л. Мизес, Ф. Хайек). М. Фридман[127] разработал экономическую теорию — монетаризм. Эта теория легла в основу экономических реформ в России и действует поныне.

Однако монетаризму противостояла разработанная Джоном Мейнардом Кейнсом (1883–1946) и его последователями теория государственного регулирования, призванная устранить наиболее значительные пороки экономического общества, к которым относится неспособность обеспечить полную занятость, а также произвольное и несправедливое распределение богатства и доходов[128].

В начале девяностых годов в России вместе с переходом от плановой экономики к рыночной начинает безраздельно господствовать либерально-цивилистическая концепция предпринимательского права, в соответствии с которой хозяйственное (предпринимательское) право теряет свою самостоятельность и рассматривается как часть гражданского права[129].

В газете «Правда» 7 июня 1990 г. появилась «ударная» статья под названием «Рынок: мнение юристов» четырех ведущих советских ученых-юристов, цивилистов и теоретиков права: В. Кудрявцева, С. Алексеева, Ю. Калмыкова и В. Яковлева. Мало того, что это были ученые с громкими степенями и званиями, — все они в то время возглавляли общесоюзные юридические департаменты.

---

[126] *Шишкин С.Н.* Государственное регулирование экономики: предпринимательско-правовой аспект. М., 2007. С. 18–19.

[127] *Friedman M.* Capitalism and Freedom? Chicago, 1962.

[128] *Кейнс Дж.М.* Общая теория занятости, процента и денег. М., 1999. С. 341.

[129] *Дозорцев В.А.* Один кодекс или два? (нужен ли хозяйственный кодекс наряду с гражданским?) // Правовые проблемы рыночной экономики в Российской Федерации: Труды Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М., 1994. Вып. 57. С. 115–143.

Эти государственные деятели и ученые, еще вчера обосновывающие роль советского государства и права в строительстве коммунизма, провозгласили решительный поворот к идее свободного рынка и либертарианства. Они ратовали за ускоренный переход к свободному эквивалентному обмену производимыми благами, к системе саморегулирования экономики путем перевода экономических отношений из вертикальной в горизонтальную плоскость. По мнению этих авторов, такой переход может состояться, если его будет обеспечивать законодательство гражданское, берущее свое начало еще в древнем римском праве. Почему же — «гражданское»? На этот поставленный авторами вопрос они сами же дают такой ответ: «“Гражданское” — потому, что это сфера законодательства — выражение и компонент гражданского общества, т. е. общества, отделенного от государственной власти и построенного на автономии, самостоятельности участников имущественных отношений (собственников), которые сами, по своей воле, решают все свои дела». Подытоживают свои призывы авторы цивилистического манифеста такими словами: «Требованиям рынка отвечает советское гражданское законодательство». А затем выразительно добавляют: «Другой альтернативы нет!»[130].

В той же «Правде» через два месяца появилась статья известного экономиста академика В. Струминского, в которой говорилось о недопустимости «прыжка», прямого перехода сильно разбалансированной экономики к рынку. Утверждалось, что только путем законотворчества, но без научно обоснованной государственной программы, невозможен вывод страны из кризисного состояния экономики. А в конце статьи было и предупреждение: «рывок в рынок, будучи хорошим “подарком” для теневой экономики... только ускорит приближение к еще более тяжелой и неуправляемой ситуации, грозящей социальным взрывом»[131].

[130] Правда. 1990, 7 июня.

[131] *Струминский В., Скобелев Б., Мовалиев М., Кульбицкий Ю.* Семь раз отмерить // Правда. 1990, 4 августа. Цит. по: Г.Л. Знаменский. Блеск и нищета современной цивилистики // Экономика и право № 2(9), 1(11) 2005, 2(12) 2005.

Современной концепции экономической роли государства посвящена книга «Неэкономические грани экономики: непознанное взаимовлияние». Это второй том книги Института экономики РАН и Института экономических стратегий «Экономики и общественная среда»[132].

Основные идеи работы, формирующие новую парадигму развития, заключаются в следующем:

1. В центре предстоящего переосмысления, несомненно, находится вопрос о роли государства. Проводники рыночных реформ призывали к уходу государства из экономики и не терпели никаких контраргументов.

2. Необходимо предотвратить последствия опасного имущественного расслоения населения, борьбы с инфляцией и высокой безработицей. Показателен в этом отношении доклад Международного валютного фонда «Мировой социально-экономический обзор. Переоснащение мирового развития». В нем говорится: «Главный урок посткоммунистической трансформации определенно заключается в том, что государственные институты имеют критическую важность. Рынок без сильного государства приводит к замене безответственной государственной власти нерегулируемым частным обогащением, ведущим к экономическому и социальному упадку».

4. Государственное регулирование в законодательстве ряда стран СНГ. Основные положения участия государства в регулировании экономики изложены в Хозяйственном кодексе Украины, принятом в 2003 году.

В разделе I «Основные принципы хозяйственной деятельности» содержится глава 2 «Основные положения и формы участия государства, органов государственной власти, органов местного самоуправления в хозяйственной деятельности», где в статьях с

[132] Неэкономические грани экономики: непознанное взаимовлияние. Научные и публицистические заметки обществоведов / рук. междиспл. проекта и науч. ред. О.Т. Богомолов; зам рук. междиспл. проекта Б.Н. Кузяк. М. 2010; Экономика и общественная среда: неосознанное взаимовлияние. Научные записки и очерки / рук. исслед. проекта, науч. ред. О.Т. Богомолов. М., 2008.

8 по 24 изложены формы, направления и средства государственного регулирования хозяйственной деятельности.

Также положения концепции государственного регулирования экономики закреплены в Предпринимательском кодексе Казахстана, принятом в 2015 году.

В главе 7 «Государственное регулирование предпринимательской деятельности» (ст. 80–90) изложены формы, направления и средства государственного регулирования предпринимательской деятельности.

5. Научно-исследовательская работа. Наличие разработанной теории государственного регулирования экономики помогло провести в 2010 г. в Финансовом университете при Правительстве Российской Федерации исследование на тему «Совершенствование правового обеспечения государственного администрирования в сфере инновационной экономики»[133], имеющее теоретическое и практическое значение для постсоветского правоведения.

Остановимся на узловых проблемах НИРа.

Современное понимание «государственного регулирования» отражено в экономической и юридической литературе.

Проблемам исследования государственного регулирования национальной экономики посвящены многочисленные публикации в сфере экономической литературы, это работы Албекова И.М., Васильева В.П., Емцова Р.Г., Бабашкина А.М., Кушлина В.И., Морозовой Т.Г., Орешина В.П., Пикулькина В.А., Холопова А.В. и др.

Также исследованию государственного регулирования посвящена немногочисленная юридическая литература, среди которой назову три издания:

1. Губин Е.П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: Юристъ, 2005.

[133] Отчет о научно-исследовательской работе по теме: «Совершенствование правового обеспечения государственного администрирования в сфере инновационной экономики». Руководитель НИР главный научный сотрудник, д. ю. н., профессор И.В. Дойников // Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации. М., 2010. С. 188.

2. Корягин Н.Е., Михайлов А.В., Челышев М.Ю. Комментарий к законодательству о государственном регулировании предпринимательской деятельности. Научно-практический. СПб: Питер, 2003.
3. Шишкин С.Н. Государственное регулирование экономики: предпринимательско-правовой аспект. М., 2007.

Также проблемы исследования государственного регулирования национальной экономики рассмотрены в ряде учебников по предпринимательскому праву, это учебники МГУ, МГЮА, Уральской государственной юридической академии и др.

Предметом государственного регулирования экономики должны стать общественные отношения, в которых проявляется фактор государственного планирования, управления и контроля.

В широком смысле государственное регулирование включает в себя виды экономической политики: таможенной, налоговой, валютной, финансово-кредитной и другие виды, с точки зрения предмета хозяйственного (предпринимательского) права выходящие за него.

В узком смысле государственное регулирование включает в себя: правовое регулирование конкуренции (данные отношения должны действовать в частном, капиталистическом секторе экономики и не распространяться на некоммерческий сектор экономики), ценообразования, качества продукции, работ, услуг (законодательство о техническом регулировании), инвестиционной деятельности, аудита и бухучета. Необходим пересмотр всего законодательства в перечисленной сфере, так как большинство законов представляют либо зону «мертвого права», либо являются основой теневой экономики[134].

В рамках НИР предлагалось использовать уточненный термин «государственное администрирование» с позиции науки предпринимательского права, т. е. более точное понятие — государственное регулирование.

[134] *Воронин Г.П.* Не вводите в заблуждение Президента России! Техническое регулирование спустя семь лет // Представительная власть — XXI век. № 2–3, 2010. С. 25–27.

Под администрированием понимается бюрократический метод управления, административное командование[135].

Государственное управление как определенного рода социальная деятельность понимается в широком и узком значениях. В широком смысле — это организующая, упорядочивающая деятельность государства, государственное регулирование различных общественных отношений путем деятельности любых государственных органов всех ветвей власти. В узком (организационно-правовом) смысле — это административная, исполнительно-распорядительная деятельность государства, связанная с реализацией исполнительной государственной власти как одной из ветвей государственной власти, осуществляемая системой специальных государственных органов исполнительной власти или органов государственного управления[136].

Управление — это различные способы воздействия субъекта (нескольких субъектов) на объект (объекты), изменяющие положение, поведение, свойства или качества объекта. При этом под управлением чаще всего понимают воздействие, которое имеет целевое назначение и при котором объект поддается регулированию[137].

В связи с этим интерес приобретает соотношение понятий «государственное управление (администрирование)» и «государственное регулирование».

Можно согласится с мнением Ю.М. Козлова о том, что государственное управление по своей юридической сути есть регулирующая деятельность[138]. Этот вывод является методоло-

---

135 Словарь современных понятий и терминов. 4-е изд., дораб. и доп. / Н.Т. Бунимович, Г.Г. Жаркова, Т.М. Корнилова и др. Сост., общ. ред. В.А. Макаренко. М., 2002.

136 См.: Административное право: Учебник / под ред. Л.Л. Попова. М.: Юристъ, 2004. С. 21–22; Административное право / под ред. Г.В. Атаманчука. М.: Юристъ, 2003. С. 47–48; *Конин Н.М.* Административное право Российской Федерации / Н.М. Конин, В.В. Журик, М.П. Петров. М.: Норма, 2005. С. 107–108; *Чиркин В.Е.* Государственное управление. М.: Юристъ, 2002. С. 11–12; *Чиркин В.Е.* Публичное управление. М.: Юристъ, 2004. С. 21–24.

137 См.: *Чиркин В.Е.* Государственное управление. М.: Юристъ, 2002. С. 7.

138 Административное право: Учебник / под ред. Л.Л. Попова. М.: Юристъ, 2009. С. 10.

гическим для проведенной научно-исследовательской работы проблемы в Финансовом университете при Правительстве РФ.

Приведенные позиции представителей науки государственного управления, административного и предпринимательского права позволяют сделать вывод о том, что государственное администрирование в сфере экономики представляет разновидность государственного управления и ему присущи все признаки последнего.

Библиография:

1. *Валовой Д.В.* О чем не думают экономисты. М.: Алгоритм, 2017.
2. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005.
3. *Дозорцев В.А.* Один кодекс или два? (Нужен ли хозяйственный кодекс наряду с гражданским?) // Правовые проблемы рыночной экономики в Российской Федерации: Труды Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М., 1994. Вып. 57. С. 115–143.
4. *Дойников И.В.* Актуальные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права: учеб. пособие для вузов. М.: МПСУ; Воронеж: МОДЭК, 2012.
5. *Знаменский Г.Л.* Блеск и нищета современной цивилистики // Экономика и право № 2(9), 1(11) 2005, 2(12) 2005.
6. Неэкономические грани экономики: непознанное взаимовлияние. Научные и публицистические заметки обществоведов / рук. междиспл. проекта и науч. ред. О.Т. Богомолов; зам рук. междиспл. проекта Б.Н. Кузяк. М., 2010.
7. Отчет о научно-исследовательской работе по теме: «Совершенствование правового обеспечения государственного администрирования в сфере инновационной экономики». Руководитель НИР главный научный сотрудник,

д. ю. н., профессор И.В. Дойников // Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации. М., 2010.

8. *Шишкин С.Н.* Государственное регулирование экономики: предпринимательско-правовой аспект. М., 2007. С. 18–19.
9. Экономика и общественная среда: неосознанное взаимовлияние. Научные записки и очерки / рук. исслед. проекта, науч. ред. О.Т. Богомолов. М., 2008.
10. *Яковлев В.Ф.* Гражданский кодекс. Заметки из истории подготовки проекта. Замечания о содержании кодекса, его значение и судьбе / сборник Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика / отв. ред. А.Л. Маковский. М., 1998.

1.8. Право и цифровая экономика: проблемы определения цели правового регулирования и поиска эффективных правовых механизмов

Аннотация. В статье анализируются изменения, произошедшие за последние годы в технологическом укладе общества. Раскрывается влияние данной тенденции на право. Автор поддерживает тезис Е.П. Губина о том, что право в конечном итоге определяется экономикой.
Ключевые слова: право, экономика, цифровая экономика, технологии.

Annotation. The article analyzes the changes that have occurred in recent years in the technological structure of society. The influence of this trend on the law is revealed. The author supports E.P. Gubin's thesis that law is ultimately determined by the economy.
Keywords: law, economy, digital economy, technologies.

Цифровая экономика становится одной из наиболее обсуждаемых проблем в современной науке. Несмотря на принимаемые государством решения о развитии цифровизации, активизации деятельности, которая способствовала бы повышению эффективности регуляторного воздействия в новых условиях, четкой концепции развития права в условиях цифровой экономики пока не создано. Основной проблемой становится определение пути дальнейшего развития права, адекватного отражения в юридических нормах технологических приемов, соотношения новых условий осуществления хозяйственной деятельности с традиционными правовыми конструкциями.

С одной стороны, большинство правоведов убеждено, что «право — метафизический догматический концепт действительности, построенный на понятиях. Юристы живут в мире юридических понятий, но он неизменен уже много веков. Эта жизнестойкость, неизменность, во-первых, заслуживает уважения,

а, во-вторых, многое объясняет»[139]. С другой стороны, новая технологическая реальность не позволяет формально «перенести» традиционные правовые институты и понятия к новым отношениям. Как и в годы рыночных преобразований конца XX века, требуется «существенное изменение юридического мышления, в особенности в области правового регулирования экономических отношений»[140]. Кардинальная перестройка традиционных рынков в условиях цифровизации, появление принципиально новых бизнес-моделей, внедрение технологических решений как замены правовых механизмов регулирования (например, автоматизированное разрешение споров на цифровых торговых площадках) свидетельствуют о необходимости изменения, прежде всего, отношения юристов к новым технологиям. В период достаточно жестких споров о природе блокчейна, необходимости запрета криптовалют, юридического закрепления понятий токена, цифровых активов и т. д. все вышеперечисленные элементы цифровой экономики вышли за пределы профессиональной сферы рынка и стали повседневной реальностью для большинства участников экономических отношений, в том числе граждан.

Таким образом, эффективность выбранных механизмов правового регулирования при смене технологического уклада определяет и потребность в изменении юридического мышления, в том числе среди профессиональных юристов. Ведь механизм правового регулирования всегда в большей степени направлен на создание «правовых конструкций (идеальных моделей правового регулирования) с точки зрения удобства законодателя (публичной власти)»[141]. Под механизмом правового регулирования понимаются взятые в единстве и взаимодействии все

[139] *Гаджиев Г.А.* Юридическая картина мира: лекция // Юридический вестник Дагестанского государственного университета. 2017. Т. 22. № 2. С. 7–13.

[140] *Алексеев С.С., Халфина Р.О.* Право как средство социального управления. М.: Наука. 1988. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1989. № 2. С. 104.

[141] *Вавилин Е.В.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 67.

правовые средства (система юридических средств), с помощью которых осуществляется правовое регулирование. И в течение длительного времени именно юридические, правовые средства определяли способ воздействия государства на общественные отношения. В новых условиях уже технологии становятся конкурентоспособными элементами воздействия на общественные отношения наряду с иными механизмами регулирования. Более того, регуляторная и нормативная среда рассматриваются в качестве «барьера на пути формирования новых институтов цифровой экономики»[142].

Несомненно, что период некоторого «противостояния» технологий и регуляторной среды не может продлиться долго. Отсутствуют какие-либо предпосылки утраты влияния права на общественные отношения. Тем не менее требуется серьезное осмысление роли закона, права в условиях цифровой экономики, выбора эффективных механизмов регулирования, что своим следствием вызывает потребность в пересмотре теоретических представлений о системе права, прежде всего, отраслевого деления. Необходимость подобных изменений продиктована признанием перехода к «принципиально новой траектории развития»[143]. Данная новизна связана с цифровизацией основных отраслей хозяйствования — промышленности, транспорта, сельского хозяйства, активным внедрением новых форм инвестирования, платежных средств и пр., а также переходом к концепции «цифрового государства», новой идеологии функционирования государства как особой инфраструктуры по предоставлению услуг населению и бизнесу. При этом государство не превращается в подобие цифровой платформы, выполняющей лишь технические функции. В настоящее время именно власть является локомотивом всех изменений. Как отмечено в програм-

[142] Программа «Цифровая экономика Российской Федерации», утв. распоряжением Правительства РФ от 28.07.2017 г. №1632-р. URL: http://government.ru/docs/28653/

[143] Государственная программа «Цифровой Казахстан», утв. постановлением Правительства Республики Казахстан № 827 от 12.12.2017. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37168057

ме «Цифровой Казахстан», «государство выступит в роли катализатора экосистемы, способного генерировать, адаптировать и внедрять в производство инновации»[144]. Государство создает новые рынки, участвует в развитии отношений государственно-частного партнерства по созданию объектов цифровой инфраструктуры, то есть выступает основным драйвером цифровой трансформации отраслей экономики, формируя новые условия хозяйствования. Такое активное участие государства в экономике может вызывать существенные опасения, так как неизбежно влияет на конкурентные отношения. В российских условиях, когда доля государственного участия в экономике традиционно остается высокой, отмечаются низкие темпы приватизации и также традиционно отсутствуют эффективные меры по развитию малого и среднего бизнеса[145], выделенная негативная тенденция только усиливается. С другой стороны, масштабы происходящей цифровой трансформации, их глобальный характер и скорость не позволяют отдельным участникам экономических отношений дать верную оценку последствиям этих изменений в краткосрочной и долгосрочной перспективе, определить факторы возможного роста или, напротив, выявить негативные последствия. Осознавая катастрофичность отставания в цифровизации общественных отношений, государства и экономики, власть действует на опережение, стремясь изменить и общее неприятие технологических изменений перехода к условиям цифровой экономики у населения и значительной части бизнеса.

Отмеченные тенденции развития экономики требуют не только адекватного правового регулирования, но и теоретического осмысления меняющихся условий хозяйствования, взаимоотношений между государством и обществом, государством и бизнесом. На наш взгляд, именно наука предпринимательского права сможет определить основные концептуальные по-

---

[144] Государственная программа «Цифровой Казахстан», утв. постановлением Правительства Республики Казахстан № 827 от 12.12.2017. П. 2.1.

[145] Доклад Федеральной антимонопольной службы о состоянии конкуренции в Российской Федерации в 2017 г. Проект (версия от 20.04.2018). С. 15.

ложения, основу правового регулирования цифровой экономики.

Предпринимательское право базируется на признании приоритета комплексного, междисциплинарного регулирования общественных отношений[146]. В настоящее время достаточно сильны тенденции по усилению публичных отраслей права, введения ограничений и запретов, многие из которых предопределены существенными опасениями перед нарастающей технологизацией как экономических, так и общественных процессов. Институты гражданского права не обладают необходимыми регуляторными функциями для сохранения основополагающих принципов частного права с одновременным усилением публичных элементов. Существенной особенностью именно предпринимательского законодательства является то, что оно «в принципе не может быть только частным, или только публичным»[147]. Необходимый баланс может быть достигнут при применении тех методов регулирования, которые уже апробированы наукой предпринимательского права. В частности, институт саморегулирования многими рассматривается как единственно возможный (или преимущественный) применительно к технологии распределенных реестров.

Не менее значимой проблемой, которую позволяет решить наука предпринимательского права, является определение роли государства как участника экономических отношений. В цивилистической традиции публично-правовые образования фактически противопоставляются основным субъектам гражданских правоотношений — физическим и юридическим лицам.

---

[146] Следует согласиться с позицией Е.П. Губина, согласно которой «в современных условиях развития общества и права лишь законодательные образования уголовно-правового направления сохраняют предметное единство норм, составляющих соответствующие законодательные акты. Большинство же законодательных образований составляют правовые акты, включающие разнородные нормы, в целом, однако, представляющие неразрывное единство». Применительно к анализируемым изменениям экономических условий данная тенденция будет лишь усиливаться. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: Юристъ, 2006. С. 110.

[147] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: Юристъ, 2006. С. 113.

Новые формы влияния государства на экономику, такие как государственные корпорации и компании[148], реализация стратегических инициатив внедрения инноваций в региональную экономику[149] и пр. в большинстве случаев не согласуются с традиционными институтами гражданского права и довольно непросто «вживались» в область частноправового регулирования. Причина связана с попыткой перенесения деления частного и публичного на все области законодательного регулирования. Возникающие же новые задачи, в том числе перед государством, не позволяют найти решение в подобной парадигме противопоставления. Требуется нахождение баланса между частноправовыми и публично-правовыми средствами воздействия на общественные отношения.

Применительно к рассматриваемому нами вопросу об изменении роли государства в условиях цифровой экономики следует опираться на вывод профессора Е.П. Губина о недопустимости рассмотрения государства как чего-то внешнего по отношению к бизнесу и обществу, и наоборот[150]. Трансформация государства в область платформенного (цифрового) взаимодействия с бизнесом и гражданами происходит параллельно с возрастающим значением общественного контроля, повышением значимости саморегулирования. Негативные последствия цифровизации в части нарушения личных прав граждан, манипулирования потребностями и запросами, выражающимися в заключении сделок в виртуальном пространстве, угрозы новых форм монополизации в сфере экономики требуют разработки дополнительных правовых средств противодействия. Можно привести в качестве

[148] См.: *Серова О.А.* Еще раз о государственных корпорациях, или О новых задачах научных исследований // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 4. С. 325–330.

[149] См.: *Серова О.А.* Правовой статус федерального университета: предпосылки и противоречия реализации концепции «Университет 3.0» / Современные проблемы юридической науки и правоприменительной практики. Сборник научных статей, посвященный 50-летию Юридического института БФУ им. И. Канта. Калининград, 2017. С. 66–74.

[150] *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 23–30.

близкого примера отношения социального предпринимательства. Решение социально-экономических проблем общества было найдено при помощи использования предпринимательских методов хозяйствования, усиления роли некоммерческих организаций на социально значимых рынках. Возможности государства в рассматриваемой области оказались снижены в сравнении с иными историческими периодами. Многие социальные проблемы в настоящее время решаются обществом самостоятельно, путем внедрения уже апробированных практик социального предпринимательства, заимствования аналогов зарубежных организационно-правовых форм социальных предприятий, формирования профессиональной индустрии в сфере благотворительности[151]. Таким образом, распространение идеи социального предпринимательства позволило активизировать гражданско-правовую активность населения во многих странах мира.

Предпринимательское право позволяет закрепить механизм партнерских взаимоотношений государства с иными экономическими агентами. При этом должна быть реализована в условиях цифровой экономики и основная задача государства по обеспечению свободы экономической деятельности, сбалансированности интересов всех участников, защиты их прав и поддержки слабой стороны[152]. И мы видим первые примеры подобного законодательного реагирования на новые вызовы. В частности, с 1 января 2019 г. Закон о защите прав потребителей

[151] Примером такой деятельности может служить концепция Благотворительного фонда «Друзья», функционирующего в качестве агрегатора знаний, ресурсов и опыта для других благотворительных организаций. Благотворительный фонд «Друзья» создает площадки и механизмы для франчайзинга успешных практик, сотрудничества фондов с бизнесом и государством. URL: http://friendsfoundation.ru/about/missiya-i-zadachi/ (дата обращения 30.10.2018).

[152] *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности / Право и бизнес: конвергенция частного и публичного права в регулировании предпринимательской деятельности: сборник статей участников Международной научно-практической конференции, посвященной памяти Заслуженного юриста РФ, д. ю. н., профессора Коршунова Н.М. 5 июня 2015 г. / отв. ред. Ю.С. Харитонова. М., 2015. С. 23.

распространен на отношения между потребителями и товарными агрегаторами[153]. Значительные изменения ожидаются в части совершенствования антимонопольного законодательства, которое достаточно активно реагирует на изменения структуры рынков в условиях цифровизации[154]. Таким образом, предпринимательское право «“переводит” на подвергаемые регулированию общественные отношения требования объективных экономических закономерностей»[155]. Необходимо учесть, что в течение всего 2018 г. предпринимались неудачные попытки принятия законов о цифровых активах, цифровых правах. Принятие данных нормативных актов необходимо, в том числе, и для установления легальных дефиниций основных понятий, применяемых в сфере цифровой экономики. Однако достижение подобной цели правового регулирования осложняется отсутствием единой научной концепции, определяющей понятие и признаки таких категорий как упоминавшиеся цифровые права, криптовалюта, токены и пр. Определение той или иной технологии или ее отдельного элемента может быть дано лишь при раскрытии правовой природы этого явления, закрепления основных признаков. В российских условиях по многим причинам объективного и субъективного порядка решить данную задачу достаточно сложно. Тем не менее именно законодательство в сфере регулирования предпринимательской деятельности ранее демонстрировало примеры адекватного реагирования на изменившиеся общественные отношения, в том числе при отсутствии единой научной концепции.

Подводя итоги, необходимо отметить, что сегодняшние цели правового регулирования отношений в сфере цифровой

---

153 Закон РФ от 07.02.1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

154 *Пузыревский С.* Необходимо определить особенности применения антимонопольного законодательства на цифровых рынках. URL: https://fas.gov.ru/news/26186

155 *Губин Е.П.* Право как инструмент решения экономических проблем современной России // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2012. № 2. С. 3.

экономики самым тесным образом связаны с политикой, теми стратегическими задачами, которые обозначены государством в качестве первоочередных мер сохранения конкурентоспособности страны в мировом пространстве в условиях новой технологической революции. Право и законодательство не могут быть отделены от данных целей, но в состоянии минимизировать возможные просчеты, недостатки принятых решений и их последующей реализации. Как отметил профессор Е.П. Губин: «Право связано с экономикой не непосредственно, оно определяется экономикой "в конечном счете". Политика же связана с экономическим базисом значительно теснее. Через политику требования экономического базиса определяют содержание права... При этом право — относительно самостоятельное явление общественной жизни, что позволяет ему влиять на политику, устанавливать границы социально значимой деятельности государства»[156]. Современный уровень развития науки предпринимательского права позволяет решить обозначенные задачи и создать системные условия для формирования необходимой регуляторной среды цифровой экономики.

Библиография:

1. *Алексеев С.С., Халфина Р.О.* Право как средство социального управления. М.: Наука. 1988. 255 с. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1989. № 2. С. 104.
2. *Вавилин Е.В.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Волтерс Клувер, 2009.
3. *Гаджиев Г.А.* Юридическая картина мира: лекция // Юридический вестник Дагестанского государственного университета. 2017. Т. 22. № 2. С. 7–13.
4. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: Юристъ, 2006.

[156] *Губин Е.П.* Право как инструмент решения экономических проблем современной России // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2012. № 2. С. 4.

5. *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 23–30.
6. *Губин Е.П.* Право как инструмент решения экономических проблем современной России // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2012. № 2.
7. *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности / Право и бизнес: конвергенция частного и публичного права в регулировании предпринимательской деятельности: Сборник статей участников Международной научно-практической конференции, посвященной памяти Заслуженного юриста РФ, д. ю. н., профессора Коршунова Н.М. 5 июня 2015 г. / отв. ред. Ю.С. Харитонова. М., 2015.
8. *Серова О.А.* Еще раз о государственных корпорациях, или О новых задачах научных исследований // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 4. С. 325–330.
9. *Серова О.А.* Правовой статус федерального университета: предпосылки и противоречия реализации концепции «Университет 3.0» / Современные проблемы юридической науки и правоприменительной практики. Сборник научных статей, посвященный 50-летию Юридического института БФУ им. И. Канта. Калининград, 2017. С. 66–74.

ГЛАВА 2.
МЕТОДОЛОГИЯ НАУКИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

2.1. Истинный университетский профессор — кто он?[157]

Аннотация. В предлагаемом исследовании представлены размышления о сущности истинного университетского профессора. Раскрыто понятие «профессор» и представлена этимология данного слова. Показаны основы правового статуса профессора в России и выявлены его отличительные признаки. Дана характеристика функций университетского профессора. Приведены критерии, позволяющие отнести научный коллектив к научно-педагогической школе. Рассмотрена научно-педагогическая школа предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.
Ключевые слова: профессор, университет, научный работник, ученый, научно-педагогическая школа, лектор, преподаватель, ученый, научные статьи, монографии, учебники.

Annotation. The proposed study presents reflections on the essence of a true University Professor. The concept of “Professor” is revealed and the etymology of this word is presented. The fundamentals of the legal status of the Professor in Russia are shown and its distinctive features are revealed. The characteristic of functions of the University Professor is given. The criteria allowing to refer the research team to the scientific and pedagogical school are given. The scientific and pedagogical school of business law of the faculty of law of Moscow State University named after M.V. Lomonosov is considered.
Keywords: Professor, University, researcher, scientist, scientific and pedagogical school, lecturer, teacher, scientist, scientific articles, monographs, textbooks.

---

[157] Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-15032 «Концепт правового статуса научных работников в России и зарубежных странах: теоретико-компаративное исследование».

Задуматься над ответом на поставленный вопрос автора подвигли те перманентные перемены, которые вот уже несколько лет происходят в образовании и науке. При этом складывавшиеся десятилетиями основы высшей школы с ее академическими традициями и ценностями оказались неким препятствием для административных преобразований, одна из задач которых — уложить образовательный процесс в несвойственное ему ложе оказания услуг.

Однако вопреки всем бюрократическим начинаниям высшая школа устояла и даже продолжает развиваться. А центральное место в ней, как представляется, занимает именно он — профессор. Так кто же он, каковы его роль и предназначение сегодня, в «эпоху перемен»?

Обратимся к терминам. Словари русского языка трактуют слово «профессор» довольно однозначно. Так, согласно словарю В.И. Даля, профессор — наставник, учитель известной науки, высший учитель при университете, академии, лицее[158]. Более поздний словарь современного русского литературного языка С.И. Ожегова под словом «профессор» предлагает понимать высшее учебное звание преподавателя высших учебных заведений, а также лицо, обладающее этим званием[159].

Этимология слова «профессор» также хорошо известна. Оно было заимствовано в петровскую эпоху из немецкого языка, где Professor восходит к латинскому professor — «учитель», «публичный учитель». В свою очередь латинское professor производно от *profiteor* или *profateor* — «преподавать», «открыто объявлять, заявлять (о предмете своих занятий, о своей специальности)»[160].

---

[158] *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. М.: Рус. Яз., 1999. Т. 3. С. 523.

[159] *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. 18-е изд., стереотип. М.: Рус. яз., 1986. С. 543.

[160] См.: этимологический онлайн-словарь Г.А. Крылова. URL: https://krylov.lexicography.online/п/профессор; Этимологический онлайн-словарь М. Фасмера. URL: https://vasmer.lexicography.online/п/профессор; Этимологический онлайн-словарь Н.М. Шанского. URL: https://shansky.lexicography.online/п/профессор.

Таким образом, главное содержательное начало деятельности профессора — преподавание. Каков же правовой статус профессора-преподавателя? Формально ответ на этот вопрос дают нормативные правовые акты.

Так, нормы гл. 5 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»[161] (далее — Закон об образовании) определяют основы правового статуса педагогического работника, понимая под ним совокупность прав и свобод, трудовых прав, социальных гарантий и компенсаций, ограничений, обязанностей и ответственности. Заметим, что даже скупые законодательные формулировки позволяют говорить об особом положении преподавателя в обществе: среди академических свобод на первое место поставлены свобода преподавания, свободное выражение своего мнения, свобода от вмешательства в профессиональную деятельность; свобода выбора и использования педагогически обоснованных форм, средств, методов обучения и воспитания.

Безусловно, наличие названных и иных предусмотренных ст. 47 Закона об образовании прав и свобод преподавателя не только значительно расширяют его профессиональные возможности, но и накладывают на него большую ответственность (и не только юридическую). И это закономерно — ведь преподаватель выполняет не только педагогическую, но и воспитательную миссию. Напомним, что ст. 2 Закона об образовании под термином «образование» понимает единый целенаправленный процесс *воспитания и обучения*, являющийся общественно значимым благом и осуществляемый в интересах человека, семьи, общества и государства.

Преподавательская стезя профессора сегодня многогранна, как никогда ранее. Как справедливо отмечал профессор Ю.А. Лукичев, «ни одна профессия в настоящее время не содержит такого большого объема... компетенций и таких высоких

[161] Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (часть I). Ст. 7598.

требований к качеству профессиональной деятельности, как профессия преподавателя»[162].

Нормативно содержание трудовой функции профессора закреплено разделом 3.10 профессионального стандарта «Педагог профессионального обучения, профессионального образования и дополнительного профессионального образования»[163] (далее — Профстандарт). Изучение данного документа дает основание сделать следующие выводы:

А) профессор — наиболее универсальный педагогический работник университета (впрочем, и иного вуза). Он вправе осуществлять все трудовые действия, возможные для преподавателя, старшего преподавателя, доцента. Но при этом только профессор может вести преподавание учебных курсов (дисциплин) по программам подготовки кадров высшей квалификации и осуществлять разработку научно-методического обеспечения для реализации указанных программ; руководить подготовкой аспирантов и ассистентов-стажеров по индивидуальному учебному плану; руководить группой специалистов, участвующих в реализации образовательных программ и др.;

Б) к должности профессора стандарт предъявляет особые требования применительно к его образованию, обучению, опыту практической работы, а также устанавливает особые условия допуска к работе. И это закономерно вытекает из предоставленных тем же стандартом «дополнительных возможностей». Как говорится — положение обязывает!

Но в рассматриваемом документе мы находим лишь скупое перечисление необходимых и достаточных трудовых действий, умений, знаний профессора. Реальная действительность эти горизонты значительно расширяет.

---

[162] *Лукичев Ю.А.* Кто он, современный преподаватель? // Юридическое образование и наука. 2016. № 2. С. 27.

[163] Утв. Приказом Министерства труда и социальной защиты РФ от 08.09.2015 г. № 608н «Об утверждении профессионального стандарта «Педагог профессионального обучения, профессионального образования и дополнительного профессионального образования». URL: fgosvo.ru/uploadfiles/profstandart/01.004.pdf

Не ставя перед собой задачи полной инвентаризации всех функций университетского профессора, назовем основные его ипостаси.

Профессор — лектор. Известно, что современные федеральные государственные образовательные стандарты допускают и даже приветствуют сокращение часов, отводимых учебным планом на лекционные занятия. Правильно ли это? Как ни странно, активные дискуссии на эту тему, вылившиеся сегодня на страницы печати[164], велись и в прошлом, и в позапрошлом веке. Известны позиции по данному вопросу профессора Л.И. Петражицкого и профессора П.Е. Казанского, а также других ярчайших ученых — представителей противоборствующих лагерей[165]. У каждого из оппонентов мы находим свои весомые аргументы. Как представляется, истина где-то посередине. Имея за плечами большой опыт посещения лекций блестящих ораторов, согласимся с мнением профессора Л.И. Петражицкого, отмечавшего, что университетские «лекции являются хорошим проводником эмоций, настроений; они превосходное средство приобщения аудитории к эмоциональной научной жизни, к научному интересу и воодушевлению ученого... Идеалом лекций были бы такие лекции, которые были бы одушевлены глубочайшим и великим научным энтузиазмом, а по интеллектуальному характеру своему представляли бы совершеннейшие образцы научного мышления, соединяя в себе высшее совершенство достигнутой в данной ветви техники мышления и исследований с индивидуальной печатью и силой талантливости в возможно высокой степени — в степени гениальности»[166]. Пожалуй, и сегодня рано заказывать реквием по лекциям.

Профессор, проводящий занятия семинарского типа (в том числе практические занятия). Основной тренд современной

[164] См., напр.: *Бойко А.И.* Реквием классическим лекциям по юриспруденции // Юридическое образование и наука. 2015. № 1. С. 10–15.

[165] См.: Университетский вопрос в России / сост. и авт. вступ. ст. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2017.

[166] *Петражицкий Л.И.* Университет и наука (опыт теории и техники университетского дела и научного самообразования) // Университетский вопрос в России / сост. и авт. вступ. ст. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2017. С. 197, 319–320.

реформы высшего образования — переход от теоретического к практикоориентированному обучению. Хорошо это или плохо — время покажет. Однако проводящие мастер-классы юристы крупнейших компаний в один голос заявляют — без теории нет и практики, призывая студентов сосредоточиться на изучении базовых учебных дисциплин. По данному аспекту, вероятно, даже и не подозревая этого, они солидаризируются с мнением профессора П.Е. Казанского (заметим — ярого сторонника практических занятий), высказанным в 1901 году: «практические занятия могут составлять лишь дополнение к теоретическому изучению предмета. Совершенно нельзя согласиться с теми, которые думают, что они могут вполне заменить теоретическое изучение предметов. Надо пользоваться лекциями, когда имеются в виду цели, которые могут быть достигнуты на лекциях, и практическими занятиями, когда целесообразными являются последние. Ни тех, ни других нельзя приносить в жертву рутине или предвзятым идеям». При этом более чем современно звучат слова профессора П.Е. Казанского о необходимости выработки системы занятий, способных «дать учащимся как знания, так и умения, необходимые для научно образованного юриста»[167].

Безусловно, для проведения занятий, ставящих целью овладение студентами практическими навыками юриста, профессор и сам должен ими обладать. И здесь важно, чтобы в аудиторию входил преподаватель, хорошо ориентирующийся в правовых позициях, знающий тенденции правоприменения, умеющий научить студента составлять документы и готовить правовые заключения. А для этого необходимо и самому уметь это делать, и оттачивать свои умения на профессиональном практическом поприще. Вместе с тем мы не склонны идеализировать захватывающее умы администраторов от образования мнение, согласно которому только практики и должны проводить занятия. Конечно, это важно и нужно — но не на систематической основе. Мастер-классы, практикумы, проблемные семинары на акту-

[167] *Казанский П.Е.* Вопрос о преподавании права в русской печати в 1901 г. // Университетский вопрос в России / сост. и авт. вступ. ст. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2017. С. 361, 486.

альную тему — здесь место опытным юристам компаний, адвокатам, судьям. Но ежедневный образовательный процесс — это удел профессиональных преподавателей, владеющих методиками, позволяющими донести и закрепить знания, растолковать, научить. Воистину, преподаватель — это самостоятельная профессия, мастерство в которой приобретается годами и десятилетиями тяжелого труда.

Профессор, руководящий самостоятельной работой студентов и аспирантов. На современном этапе основная задача высшего образования заключается в формировании творческой личности специалиста, способного к саморазвитию и самореализации. Этому в значительной мере способствуют активизация и повышение роли самостоятельной работы студентов. Проблематика самостоятельной работы и ее роль в образовательном процессе уже была предметом наших исследований[168], поэтому не будем повторяться. Лишь напомним, что результаты проведенного (с целью выявления мнения учащихся) социологического исследования относительно форм самостоятельной работы показали, что бакалавры, магистранты, равно как и аспиранты, отдают предпочтение заданиям для самостоятельной работы, которые формируют у них конкретные навыки и умения, необходимые в правоприменении. Наиболее полезными заданиями для самостоятельной работы анкетируемые сочли решение казусов, подготовку и последующее проведение деловых игр, составление проектов документов, обобщение судебной практики. Положительно были оценены обучающимися и такие задания, как: заполнение форм документов, разработка схем и таблиц, составление кратких обзоров изменений законодательства, подготовка сообщений с презентациями, подготовка к участию в дискуссии. По мнению студентов и аспирантов, наименее полезными являются: составление и разгадывание юридических кроссвордов, изучение авторефератов диссертаций, перевод иноязычной научной литературы и пр. как обобщение

[168] *Ершова И.В., Енькова Е.Е.* Самостоятельная работа студентов: теоретико-прикладные лакуны и коллизии // Юридическое образование и наука. 2017 . № 2. С. 27–33.

теоретических положений, написание эссе и рефератов. Очевидно, что набравшие сравнительно небольшое число голосов указанные формы самостоятельной работы не ассоциируются у опрошенных с компетентностным практикоориентированным подходом, закрепленным в современных образовательных стандартах, и не формируют умения и навыки, необходимые в процессе поисках работы.

Отметим, что профессор призван стать организатором, вдохновителем и «контролером» самостоятельной работы студентов и аспирантов. То есть он должен уметь все — выявить наиболее полезные ее формы, придать им законченный вид задания, сформулировать задание, донести его до обучающегося и проверить выполнение. Комментарии излишни.

Профессор — экзаменатор. Данный аспект профессорской деятельности хоть в первом приближении и является наиболее простым из всех приведенных ранее, по сути таковым не является. Образовательные стандарты нового поколения предопределили и новое понимание преподавателями результатов обучения как целостности сформированных компетенций, необходимых для осуществления выпускником будущей профессиональной деятельности. В условиях компетентностной системы недостаточно оценивать лишь усвоенные студентами знания, нужно проверять приобретенные ими умения и навыки. Так, в п. 6 Положения о текущей аттестации на Юридическом факультете МГУ[169] указано: «На экзамене по дисциплине (или ее части) преподаватель должен оценить работу студента по изучению соответствующего материала в течение семестра (учебного года), а также выявить уровень полученных им теоретических знаний, развития творческого мышления и наличие навыков самостоятельной работы и умения применять полученные знания к решению практических задач». Что же касается самой промежуточной аттестации, то она выполняет не только контрольные, но и методические функции. Так, согласно п. 3

[169] Утверждено решением Ученого совета факультета от 26.12.2003, в ред. от 19.03.2004, 21.05.2010, 25.12.2013, 18.11.2016 // URL: http://www.law.msu.ru/teaching/documents/jurfak/tek-attest

названного Положения «Целями текущей аттестации являются: контроль знаний студентов; оценка уровня усвоения студентами учебного материала, предусмотренного учебным планом и учебными программами; учет результатов текущей аттестации для совершенствования учебного процесса, а также форм и методов обучения».

Не ставя перед собой задачи рассмотрения различных форм проведения экзаменов, что уже являлось объектом нашего изучения[170], лишь обратим внимание на новые веяния и по этому вопросу. Как показало проведенное анкетирование 56 магистрантов и 55 преподавателей Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), более 75 % респондентов отдают предпочтение активным формам промежуточной аттестации, предлагая уйти от традиционной модели проверки знаний в качестве опроса по билетам. При этом лидером стало решение задач/казусов (за такую форму промежуточной аттестации высказалось, соответственно, 70 % и 35 % опрошенных). Выступление с презентацией по актуальной проблеме учебной дисциплины набрало 35 %; за проверку результатов семестровой самостоятельной работы, обучающихся отдали голоса 33,3 % респондентов. Подготовку портфолио и прохождение тестирования посчитали приемлемыми активными формами промежуточной аттестации, соответственно, 33,3 % и 35,1 % участников анкетирования.

Возвращаясь к проблематике привлечения юристов-практиков, отметим, что 53 % респондентов усматривает целесообразность, а 18,9 % — необходимость привлечения работодателей к проведению промежуточной аттестации. Вместе с тем 88,2 % голосуют за участие в самом испытании преподавателя, ведущего учебную дисциплину у группы, потока. За формат независимой оценки знаний (без участия преподавателей и работников профильной кафедры) высказалось лишь 12,6 % проанкетированных. Как говорится, цифры не обманешь.

---

[170] *Ершова И.В., Енькова Е.Е.* Промежуточная аттестация магистрантов: от нормативной модели к объективной процедуре оценки образовательного результата // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 3. С. 88–107.

Напомним также, что в числе необходимых умений профессоров Профстандарт называет: использование педагогически обоснованных форм, методов, способов и приемов организации контроля и оценки освоения учебного курса, дисциплины (модуля), образовательной программы; применение современных оценочных средств, обеспечение объективности оценки, охраны жизни и здоровья обучающихся в процессе публичного представления результатов оценивания. Профессора обязаны соблюдать предусмотренную процедуру контроля и методику оценки; соблюдать нормы педагогической этики, устанавливать педагогически целесообразные взаимоотношения с обучающимися для обеспечения достоверного оценивания; корректно интерпретировать результаты контроля и оценки. К необходимым умениям профессорского состава относится также проектирование системы оценки образовательных результатов обучающихся.

Профессор — автор учебников, учебных пособий. И это не только требование, выполнение которого является условием занятия соответствующей должности и получения звания. Это должно стать — и для ведущих университетских профессоров становится — нормой жизни. При этом речь в первую очередь идет о фундаментальных учебниках, во многом определяющих структуру учебной дисциплины, представляющих передовые взгляды ученых, содержащих выявление и анализ актуальных правовых позиций и во многом определяющих дальнейшее развитие науки. Так, в предисловии к третьему изданию учебника «Предпринимательское право» профессор Е.П. Губин писал: «Учебник по предпринимательскому праву содержит информацию о правовом регулировании предпринимательской деятельности. Однако не следует полагать, что основное его содержание — пересказ нормативных актов. Авторы стремились решить гораздо более сложную задачу: с одной стороны, показать, каким образом регулируются конкретные рыночные отношения, с другой — определить принципы, основы правового регулирования рыночных отношений, которые не подвержены постоянным изменениям, а также показать различные научные взгляды на те

или иные сложные вопросы теории»[171]. Можно с уверенностью сказать, что обозначенная профессором Е.П. Губиным задача была успешно решена.

Профессор — научный работник. Ярко выраженной тенденцией последних десятилетий стало сращивание образования и науки. Университеты становятся научными центрами, а некоторые из них удостаиваются статуса «научно-исследовательский». Но даже и за рамками формальной аббревиатуры очевидно, что «живая наука» сегодня развивается преимущественно в университетах. Из этого вовсе не следует, что все без исключения преподаватели враз должны стать учеными. Отнюдь нет. По нашему глубокому убеждению, преподаватель может быть прекрасным педагогом, методистом, но не научным работником. Такое допустимо — но не для профессора. И дело не только, конечно же, в существующей у многих внутренней потребности разработки доктрины, ее продвижении, отстаивании собственной научной позиции, подготовки преемников. Порой дело в нормативных установках циркуляров.

У автора этих строк давно возник вопрос: обеспечение публикационной активности — это право или обязанность профессора? Для ответа на него нами были систематизированы и проанализированы нормативные правовые акты, изучена статистика, проведено самостоятельное социологическое исследование и обработаны его результаты[172]. Результатом явился вывод, согласно которому современный профессор предстает в разных ролях: официальный оппонент, член диссертационного совета; податель заявки на получение гранта; научный руководитель аспирантов, соискателей, докторантов; руководитель образовательной программы; претендент на получение научного звания или переизбрание на должность и др. В аспекте

[171] Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2017. С. 15.

[172] *Ершова И.В.* Научные публикации: императив творчества // Методологические проблемы цивилистических исследований. 2019 (ежегодник). С. 45–63.

каждой из указанных ипостасей к профессору предъявляются требования достижения публикационной активности. К примеру, к лицам, занимающим должности профессора и осуществляющим обобщенную трудовую функцию «Преподавание по программам аспирантуры» (п. 3.10 Профстандарта), предъявляются особые условия допуска к работе. В частности, для реализации данной функции требуется опыт осуществления научно-исследовательской деятельности, подтвержденный публикациями по ее результатам в ведущих отечественных и/или зарубежных рецензируемых научных журналах и изданиях и участием в национальных и международных конференциях. К числу трудовых действий профессора относится ведение методической и организационной поддержки подготовки и представления публикаций в ведущие научные журналы, а необходимыми являются знания типовых требований к научным публикациям.

Соблюдение требований публикационной активности оценивается экспертами при проведении государственной и общественной профессиональной аккредитации.

При этом в последние годы большое внимание уделяется наукометрическим показателям. Причем по мере интеграции российской науки в международную критерии, по которым оценивается исследователь, становятся все более жесткими. Так, в перечень показателей эффективности деятельности федеральных бюджетных и автономных образовательных учреждений высшего образования и работы их руководителей, находящихся в ведении Министерства образования и науки РФ, в отношении которых установлены категории «федеральный университет» и «национальный исследовательский университет»[173], входит число публикаций учреждений, индексируемых в информационно-аналитических системах научного цитирования Web of Science,

[173] Приказ Минобрнауки России от 23.01.2018 № 41 «Об утверждении показателей эффективности деятельности федеральных бюджетных и автономных образовательных учреждений высшего образования и работы их руководителей, находящихся в ведении Министерства образования и науки Российской Федерации». URL: http://www.pravo.gov.ru

Scopus в расчете на 100 научно-педагогических работников, а также количество их цитирований.

Таким образом, сегодня творчество порой становится императивным — поистине «The Imperative of Creativity».

Профессор — руководитель научной школы. Как известно, понятие научной школы не нашло адекватного закрепления в российском законодательстве. Вместе с тем данная проблематика вызывает интерес, который, по нашему наблюдению, в последние годы явно оживился. И это закономерно — наступило осознание того, какой может быть масштаб проблемы и какие титанические усилия придется предпринять по ее устранению, если допустить исчезновение складывавшихся в России десятилетиями и даже столетиями блестящих научных школ. Вне всякого сомнения, такие школы существуют и в юриспруденции.

Признаки, совокупность которых позволяет квалифицировать тот или иной коллектив ученых научной либо научно-педагогической школой, — обсуждаемый в доктрине вопрос[174]. Учитывая повод, послуживший причиной подготовки данной статьи и монографии в целом, позволим себе высказать суждения о научно-педагогической школе предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова. Итак, наличие каких же основных критериев ее характеризует (сомневаться в существовании данной школы, как представляется, нет оснований ни у кого — поэтому признаем данное обстоятельство в качестве аксиомы):

— коллектив единомышленников, питающийся творческой атмосферой духовного единения. Это послужило основой развития и в целом научно-педагогической школы, и каждого из ее участников. Доказательством тому является широкая известность большинства ученых кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова в профессиональном сообществе как ис-

[174] См.: *Кванина В.В.* Понятие и признаки научной школы // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 11. С. 37–42; Ершова И.В. Научные школы: закон, доктрина, практика // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 11. С. 6–19.

следователей, имеющих ярко выраженный собственный научный интерес, подкрепленный докторскими диссертациями (успешно защищенными либо «на подходе»), научными публикациями;

— базовые учебники по основным преподаваемым дисциплинам (предпринимательскому, корпоративному праву, банкротству и др.), выдержавшие уже не одно издание и высоко зарекомендовавшие себя в студенческом и профессиональном сообществе;

— монографии, формирующие доктринальную основу того или иного института предпринимательского права. Яркий пример тому — монографическое исследование Е.П. Губина, посвященное государственному регулированию рыночной экономики и предпринимательства[175];

— научные статьи по основополагающим проблемам теории предпринимательского права[176], ее связи с практикой[177], предпринимательскому законодательству[178], развитию экономической деятельности[179] и правового обеспечения рыночной экономики в целом[180] и др. Важно отметить, что речь идет не о «проходных трактатах», чем порой грешат современные исследователи, — перед нами программные научные статьи, явившиеся результатом многолетних теоретико-прикладных исследований и зачастую определяю-

---

[175] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: Юристъ, 2005.

[176] *Губин Е.П.* Предмет предпринимательского права: современный взгляд // Предпринимательское право. 2014. № 2. С. 9–14.

[177] *Губин Е.П.* Теория и практика правового регулирования предпринимательской деятельности: соотношение и взаимодействие // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 3–9.

[178] *Губин Е.П.* Размышления о предпринимательском кодексе: современный взгляд. В сб. Творческое наследие академика В.В. Лаптева и современность. М., 2014. С. 73–66.

[179] *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности // Предпринимательское право. 2015. № 4. С. 3–9.

[180] *Губин Е.П.* Правовая политика в сфере рыночной экономики: теория и практика // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2012. № 6. С. 23–36.

щие дальнейшее развитие отрасли предпринимательского права;
— учебные курсы и образовательные программы (в том числе магистерские), оснащенные должным учебно-методическим обеспечением, успешно реализуемые и неизменно вызывающие большой интерес у студентов и аспирантов.

Можно и далее рассматривать критерии отнесения коллектива кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова к научно-педагогической школе, приводя ее количественные и качественные характеристики (коих немало)[181]. Но надо сказать и о главном. Научно-педагогическая школа не может состояться без признанного лидера — ученого, имеющего непререкаемый научный авторитет в профессиональном сообществе, известного своими высокими результатами педагогической и общественной деятельности, усилиями которого обеспечивается сохранение передовых позиций научно-педагогической школы. Таким лидером, безусловно, является ***Евгений Парфирьевич Губин*** — настоящий университетский профессор, блестящий лектор, преподаватель, ученый, оказывающий великое педагогическое и научное влияние на студенчество и коллег, — professor в истинном понимании этого слова.

Библиография:

1. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: Юристъ, 2005.
2. *Губин Е.П.* К вопросу о научно-педагогических школах, учебниках и преподавании предпринимательского права в вузах России // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 11. С. 20–29.

[181] См.: *Губин Е.П.* К вопросу о научно-педагогических школах, учебниках и преподавании предпринимательского права в вузах России // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 11. С. 20–29.

3. *Губин Е.П.* Правовая политика в сфере рыночной экономики: теория и практика // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2012. № 6. С. 23–36.
4. *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности // Предпринимательское право. 2015. № 4. С. 3–9.
5. *Губин Е.П.* Предмет предпринимательского права: современный взгляд // Предпринимательское право. 2014. № 2. С. 9–14.
6. *Губин Е.П.* Размышления о предпринимательском кодексе: современный взгляд. В сб. Творческое наследие академика В.В. Лаптева и современность. М., 2014.
7. *Губин Е.П.* Теория и практика правового регулирования предпринимательской деятельности: соотношение и взаимодействие // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 3–9.
8. *Ершова И.В.* Научные публикации: императив творчества // Методологические проблемы цивилистических исследований. 2019 (ежегодник). С. 45–63.
9. Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб и доп. М.: Норма: ИНФРА-М., 2017.
10. Университетский вопрос в России / сост. и авт. вступ. ст. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2017.

2.2. Теоретические подходы профессора Е.П. Губина и их влияние на развитие концепции механизма правового регулирования отношений несостоятельности (банкротства)

Аннотация. В настоящей статье подчеркивается важность исследований Е.П. Губина, посвященных анализу категории механизма правового регулирования предпринимательской деятельности, ее соотношению с категорией правового режима как базовых категорий, создающих теоретическую основу для дальнейшего исследования проблем правового регулирования предпринимательства. Автор делает вывод о том, что дальнейшее развитие научных идей Е.П. Губина будет способствовать совершенствованию всего механизма правового регулирования предпринимательских, экономических отношений, а также отдельных институтов рыночной экономики.
Ключевые слова: предпринимательская деятельность, несостоятельность (банкротство), правовое регулирование, правовые средства.

Annotation. This article emphasizes the importance of research E.P. Gubin devoted to the analysis of the category of the mechanism of legal regulation of entrepreneurial activity, its relationship with the category of the legal regime as the basic categories that create the theoretical basis for further study of the problems of legal regulation of entrepreneurship. The author concludes that the further development of scientific ideas of E.P. Gubina will contribute to the improvement of the entire mechanism of legal regulation of business, economic relations, as well as individual institutions of the market economy.
Keywords: entrepreneurial activity, insolvency (bankruptcy), legal regulation, legal means.

Более 20 лет в стенах Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова осуществляется исследование проблем правового регулирования несостоятельности (банкротства).

Становление научного направления по исследованию института несостоятельности (банкротства), формирование научной дисциплины «Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)» на Юридическом факультете МГУ имени М.В. Ломоносова происходило при непосредственном участии Е.П. Губина. Более того, сама идея разработки данного направления как в учебном, так и в научном аспектах принадлежала именно Е.П. Губину. Это было в 1995 г., в то время, когда определялись перспективные направления исследования на нашей кафедре. За более чем 20-летнее существование данная проблематика превратилась из специализированного курса в целое научное направление, на базе которого в 2014 г. была открыта первая и пока единственная в России магистерская программа «Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)». Кафедра предпринимательского права юридического факультета превратилась в своего рода научно-исследовательский и образовательный центр по изучению экономико-правовых проблем несостоятельности (банкротства), а также совершенствованию законодательства в этой сфере.

Как для любого научного направления, претендующего на глубокое и системное исследование проблем в той или иной сфере, для становления и дальнейшего совершенствования научной школы по изучению проблем несостоятельности (банкротства) важно формирование фундаментальной теоретической базы, которая создает прочную основу для научной, учебной и педагогической деятельности.

Речь идет, прежде всего, о формировании базовых, системообразующих категорий любого научного направления, таких как источники правового регулирования, механизм правового регулирования, правовой режим, принципы права, средства, способы и методы правового регулирования и т. д. Не является исключением и сфера правового регулирования несостоятельности (банкротства).

Применительно к данному вопросу важную теоретическую и практическую ценность имеют, прежде всего, исследования Е.П. Губина, посвященные анализу категории механизма пра-

вового регулирования предпринимательской деятельности, ее соотношения с категорией правового режима как базовых категорий, создающих теоретическую основу для дальнейшего исследования проблем правового регулирования предпринимательства.

Отправной точкой в изучении данных категорий является позиция С.С. Алексеева, согласно которой действие механизма правового регулирования реализуется через «правовые режимы», которые определяют «порядок регулирования, который выражен в многообразном комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных обязываний, и создающих особую направленность регулирования»[182].

Одной из наиболее важных задач при регулировании тех или иных общественных отношений является выбор наиболее эффективного правового режима. Не является исключением и сфера отношений несостоятельности (банкротства).

В целом применительно к регулированию отношений несостоятельности правовое регулирование характеризуется использованием различных средств регулирования, что характерно для всей сферы предпринимательских отношений. По мнению Е.П. Губина, «использование различных средств правового регулирования образует их неразрывное единство, позволяющее говорить об особом типе, режиме правового регулирования, характеризующегося определенной совокупностью приемов, методов, средств»[183]. Для сферы несостоятельности (банкротства) речь идет о специфическом правовом режиме, позволяющем обеспечить интересы кредиторов и должника, а также стабильность рынка в целом.

[182] *Алексеев С.С.* Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 364, 373.

[183] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 153. Данный вывод был сделан автором применительно к регулированию отношений рыночной экономики, предпринимательской деятельности. Учитывая, что отношения, связанные с несостоятельностью, являются предпринимательскими по своей сути, сделанный вывод может быть в полной мере отнесен и к ним.

Важность исследования указанных категорий заключается, прежде всего, в том, что средства необходимы для достижения той или иной цели правового регулирования. С одной стороны, избранная цель предопределяет и соответствующий набор средств ее достижения. С другой стороны, цель должна исходить из реально имеющихся юридических средств, необходимых для ее достижения. Иными словами, взаимоотношения цели и средства должны носить характер двусторонней детерминации.

Если в философии цель определяется как категория, имеющая в большей степени субъективный характер, то в экономической литературе, прежде всего, отмечается объективная составляющая ее существования. По мнению Е.П. Губина, представляется обоснованным отметить «объективно-субъективный характер категории "цель", поскольку в конечном счете она формируется конкретными условиями жизнедеятельности общества на данном этапе его развития»[184].

Результатом исследования средств, целей, типов правового регулирования предпринимательской деятельности стала разработанная концепция механизма правового регулирования отношений несостоятельности (банкротства)[185], которая была положена в основу магистерской программы «Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)», а также вышедшего недавно учебного курса «Несостоятельность (банкротство)»[186].

Заметим, что средства, используемые в рамках регулирования отношений, возникающих в связи с несостоятельностью, многоплановы и разнообразны, что предопределено, с одной стороны, спецификой рассматриваемых отношений, а, с другой, сложностью и неоднозначностью задач, стоящих перед институтом несостоятельности (банкротства).

Речь идет не только о собственно правовых средствах (соглашения, принципы и нормы права, ответственность, акты

---

[184] *Губин Е.П.* Указ. соч. С. 46.

[185] См.: *Карелина С.А.* Механизм правового регулирования отношений несостоятельности. М., 2008.

[186] Несостоятельность (банкротство): учебный курс. В 2-х т. / отв. ред. С.А. Карелина. Т. 1. М., 2019.

применения права и т. д.), но и об иных средствах (экономических, организационных, информационных и т. д.), приобретающих правовую форму в результате действия норм права. Среди средств правового регулирования отношений, возникающих в связи с несостоятельностью (банкротством) должника, особое место занимают экономические средства, приобретающие в процессе реализации норм права правовую форму. Экономические средства выделяются исходя из их внутренней принадлежности к экономике. Так, экономическими по своему содержанию являются средства предвидения, прогнозирования, планирования несостоятельности (банкротства), однако в процессе реализации норм права они приобретают правовую форму и становятся элементами механизма правового регулирования. Речь идет, прежде всего, об инструментах планирования и прогнозирования, используемых на уровне микроэкономики — на уровне соответствующего субъекта предпринимательской деятельности, осуществляемых с целью предотвращения банкротства, а также эффективной реализации конкурсного процесса.

Планирование представляет собой один из основных регуляторов рыночной экономики. По справедливому утверждению Е.П. Губина, «планируя, мы регулируем, в том числе и управляем, а, регулируя, — обязательно используем планирование»[187].

Предпринимательская деятельность невозможна без плана, причем осуществляемого как на уровне государства, так и на уровне конкретного участника хозяйственного оборота. Необходимость планирования в условиях рынка носит объективный характер.

Это обстоятельство неоднократно отмечалось в доктрине[188].

Правовую форму приобретают также организационные (в частности, предусмотренный Законом о банкротстве[189] порядок

[187] *Губин Е.П.* Указ. соч. С. 188.

[188] См., напр.: Прогнозирование и планирование в условиях рынка: Учеб. пособие. М., 1999. С. 3; *Атаманчук Г.В.* Государственное управление (организационно-функциональные вопросы): Учеб. пособие. М., 2000. С. 8–9; *Губин Е.П.* Указ. соч. С. 188.

[189] Федеральный закон от 27.10.2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

предъявления требований кредиторов, порядок удовлетворения этих требований и т. д.), а также информационные средства (опубликование сообщений о проведении собраний кредиторов, комитета кредиторов, сведений о финансовом состоянии должника и т. д.). Организационные средства опосредуют порядок введения и осуществления процедур несостоятельности (банкротства), предъявления и удовлетворения требований кредиторов, реализации соответствующих мероприятий конкурса и т. д. Их применение, как правило, основывается на императивном методе регулирования.

В рамках регулирования отношений, возникающих в связи с несостоятельностью (банкротством), отдельно выделяют информационные средства. Их применение вызвано необходимостью доведения до сведения, прежде всего, участников рассматриваемых отношений, а также иных лиц информации, касающейся порядка, сроков, способов, средств реализации мероприятий на предбанкротном этапе и в рамках конкурсного процесса. Данные средства направлены на информационное обеспечение защиты прав и интересов кредиторов и должника. Так, Законом о банкротстве закрепляется положение, согласно которому в заявлении должника, подаваемом в арбитражный суд, должна содержаться информация обо всех имеющихся кредиторах, суммах задолженностей, имеющемся имуществе и т. д.

Еще одним примером фиксации в нормах законодательства положений о необходимом информационном обеспечении защиты интересов кредиторов являются требования о том, что должник в десятидневный срок со дня получения определения о принятии заявления кредитора, уполномоченного органа о признании должника банкротом обязан направить в арбитражный суд и заявителю отзыв на такое заявление, а также уведомить всех кредиторов, не указанных в этом заявлении, о возбуждении в отношении него дела о банкротстве. Представляется, что за счет введения подобных требований к должнику о предоставлении информации снижается возможность неучета в процессе осуществления процедуры банкротства интересов кого-либо из

кредиторов, сокрытия должником определенной доли своего имущества, финансовых средств.

Среди средств правового регулирования обозначенных отношений, безусловно, особое место занимают правовые средства. Однако хотелось бы отметить, что проблема средств регулирования в юридической литературе в основном замыкается на проблеме правовых средств, при этом далеко не всегда учитываются экономические, информационные и иные средства.

Понятие правовых средств исследовалось многими авторами как на общетеоретическом[190], так и на отраслевом уровнях[191].

Вместе с тем единого определения данного понятия выработано не было. Более того, многие авторы отмечают, что данный термин «имеет известную неопределенность»[192]. Несмотря на указанные мнения, в литературе содержится множество определений данного понятия.

Так, некоторые авторы отмечают функциональный, деятельностный характер правовых средств. Характеризуя понятие гражданско-правовых средств в хозяйственных отношениях,

---

[190] См., напр.: *Алексеев С.С.* Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. 1987. № 6; *Халфина Р.О.* Право как средство социального регулирования. М., 1988; *Малько А.В.* Правовые средства: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 1998. № 8. С. 66–67; Теория государства и права: Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2001. С. 722; Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / под ред. М.Н. Марченко. М., 2001. С. 359; *Батурина Ю.Б.* Правовые формы и правовые средства // Право: проблемы теории. Учебное пособие. Смоленск, 2003. С. 124.

[191] *Калмыков Ю.Х., Баринов Н.А.* Правовые средства обеспечения имущественных потребностей граждан // Гражданское право и сфера обслуживания: межвузовский сб. науч. трудов. Свердловск. 1984. С. 51; *Минц Б.И.* Понятие и роль правовых средств в хозяйственных отношениях // Правоведение. Известия высших учебных заведений. 1983. № 2. С. 72; *Пугинский Б.И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984; *Белых В.С.* Гражданско-правовое обеспечение качества продукции работ и услуг: дис. … д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1993. С. 36–38; *Штефан М.И.* Процессуальные средства, обеспечивающие защиту прав в гражданском судопроизводстве: автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Киев, 1973; и др.

[192] Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / под ред. М.Н. Марченко. М., 2011. С. 358 (автор главы — А.В. Малько).

Б.И. Пугинский отмечает, что правовые средства представляют собой сочетания (комбинации) юридически значимых действий, совершаемых субъектами с дозволенной степенью усмотрения и служащих достижению этих целей (интересов), не противоречащих законодательству и интересам общества[193]. К правовым средствам Б.И. Пугинский относит договор, недоговорное обязательство, имущественную ответственность участников гражданского оборота, отдельные средства вспомогательного характера, применяемые для содействия использованию других средств или осуществлению гражданских прав. Важным является вывод Б.И. Пугинского о том, что использование в исследованиях функционального блока «задача — правовое средство — результат» дает возможность выявить способы выбора средств применительно к составу задач, учета условий производственно-хозяйственной деятельности, определения содержания и последовательности действий по достижению поставленной цели[194].

С.С. Алексеев, критикуя данный подход, подчеркивал: «Попытки свести правовые средства только к определенному кругу правовых явлений, притом таких, которые во многом носят “ненормативный” характер, вряд ли могут увенчаться успехом. И не только потому, что такой подход касается в основном частного права, но и потому, что затруднена их оценка в качестве правовых; в итоге в качестве правовых фигурируют те же явления, которые считаются таковыми и при традиционном подходе: договор, имущественная ответственность, юридическое лицо и т. д.»[195]

С.С. Алексеев определяет правовые средства как «объективированные субстанциональные правовые явления, обладающие фиксированными свойствами, которые позволяют реализовывать потенциал права, его силу»[196].

193 *Пугинский Б.И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984. С. 87.

194 Там же. С. 196.

195 *Алексеев С.С.* Теория права. М., 1994. С. 151.

196 Там же. С. 155–156.

Следует заметить, что деятельностный характер правовых средств отмечают и другие авторы.

Так, Ю.Б. Батурина рассматривает правовые средства в качестве деятельностно-институциональных образований, показывающих функционально динамическую сторону явлений и права в целом[197].

Однако в этом вопросе мы солидарны с мнением Е.П. Губина, согласно которому вряд ли действия (или деяния) следует рассматривать в качестве средств. Средства — это инструменты, с помощью которых, используя которые в процессе деятельности, тот или иной субъект достигает цели и результата, но не сама деятельность[198].

Для достижения конкретных целей могут быть использованы разнообразные правовые средства: нормативные акты, субъективные права и юридические обязанности, акты применения права, юридические факты, ответственность, соглашения и др. Не представляется возможным составить исчерпывающий перечень правовых средств. В данной ситуации целесообразнее классифицировать правовые средства.

В научной литературе выделяют различные основания классификации правовых средств.

Так, А.В. Малько в зависимости от степени сложности подразделяет правовые средства на первичные (элементарные) и комплексные (основные). Если к первым относятся простейшие и неделимые предписания — субъективные права и юридические обязанности, поощрения и наказания, льготы и запреты и т. п., то ко вторым — комбинированные, состоящие из простейших: договор, норма, институт, правовой режим и прочее.

Основываясь на критерии соответствия применения правового средства закону и назначению этого средства (т. е. цели), К.Ю. Тотьев выделяет правовые и «неправовые» средства[199]. Сле-

---

[197] *Батурина Ю.Б.* Правовая форма и правовое средство в системе понятий теории права: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2001. С. 124.

[198] *Губин Е.П.* Указ. соч. С. 68.

[199] *Тотьев К.Ю.* Предпринимательское право. Публично-правовой статус предпринимателя: Учебное пособие. М., 2003. С. 67.

дует заметить, что данная классификация в правовой литературе подвергается обоснованной критике. Так, выражая отрицательное отношение к указанной классификации, Е.П. Губин указывает на то, что «даже если то или иное средство, находящееся в пределах права, применяется не в соответствии с действительностью и его назначением, оно не становится неправовым. Его применение становится лишь не соответствующим закону и назначению этого средства»[200]. Логичнее для оформления классификационной группы выделить «правовое и противоправное средство».

Значительным своеобразием отличается классификация правовых средств, предложенная С.С. Алексеевым и доработанная применительно к сфере предпринимательских отношений Е.П. Губиным:

1. В зависимости от общности и значимости выделяются уровни: основных элементов механизма правового регулирования в целом (юридические нормы, правоотношения и др.), правовых режимов (льготный, ограничительный), операционального юридического инструментария (жалобы, иски, и т. п.).
2. В зависимости от того какие субъекты и в каких целях могут их использовать, выделяют правовые средства, используемые компетентными органами, и правовые средства, применяемые в подготовке индивидуальных актов.
3. Исходя из методов регулирования, выделяют правовые средства, основанные на централизованных (дозволения, запреты, позитивные обязывания) и децентрализованных (хозяйственные договоры, односторонний отказ, акцепт и т. д.) началах[201].

Приведенная классификация применима и к правовым средствам, рассматриваемым в качестве элементов механизма правового регулирования отношений, возникающих в связи с несостоятельностью (банкротством). Так, на уровне основных элементов механизма правового регулирования к правовым средствам могут

[200] *Губин Е.П.* Указ. соч. С. 163.

[201] *Алексеев С.С.* Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. 1987. № 6. С. 16.

быть отнесены специальные нормативные правовые акты, например, Закон о банкротстве, а также отличающиеся определенной спецификой правоотношения по проведению досудебной санации, по осуществлению конкурсного процесса, по установлению взаимоотношений между саморегулируемыми организациями арбитражных управляющих и ее членами, между саморегулируемыми организациями и регулирующим органом и т. д.

На уровне правовых режимов можно выделить, например, такие средства, как установление особого (специального) режима применения положений Закона о банкротстве в отношении отдельных субъектов, таких как граждане, градообразующие организации, стратегические предприятия и организации, сельскохозяйственные организации и т. д.

На уровне оперативного реагирования — обжалование действий арбитражного управляющего, обжалование решений и определений арбитражного суда, иски по признанию недействительными сделок должника и т. п.

В зависимости от субъектов и целей следует выделить решения регулирующего органа, приказы и распоряжения ЦБ РФ и т. д., а также локальные нормативные акты (в частности, акты арбитражного управляющего).

В зависимости от методов регулирования можно привести примеры централизованных средств — установлений, средств-обязываний, таких как порядок установления требований кредиторов; принятие мер по обеспечению сохранности имущества должника; установление требований, предъявляемых к кандидатуре арбитражного управляющего, и т. д.

Цель достижения баланса интересов участников рассматриваемых отношений несостоятельности на основе обеспечения стабильности рынка законодатель достигает различными правовыми средствами, в том числе путем публично-правового воздействия на соответствующие отношения.

Следовательно, с учетом определенной специфики отношений в сфере несостоятельности (банкротства), специфики самого института несостоятельности как комплексного института права, сочетания в механизме правового регулирования частно-

правовых и публично-правовых начал целесообразно выделить группу публично-правовых средств, таких как средства государственного регулирования в сфере несостоятельности (банкротства): установление на законодательном уровне требований к кандидатуре арбитражного управляющего, аттестация арбитражного управляющего, регистрация саморегулируемых организаций арбитражных управляющих; установление особого порядка предъявления и удовлетворения требований кредиторов, не допускающего удовлетворения этих требований в индивидуальном порядке, а также предусматривающего специальный механизм распределения конкурсной массы и т. д.

Следует заметить, что в научной литературе в настоящее время уделяется значительное внимание исследованию правовых средств регулирования предпринимательской деятельности в целом[202] и отношений, связанных с несостоятельностью, в частности[203].

По мнению Е.П. Губина, «в современных условиях существования рыночной экономики в России, функционирования сложившейся в таком законодательном массиве (отрасли), как предпринимательское законодательство, выделение самостоятельной группы правовых средств, применяемых в сфере предпринимательства, объективно обосновано»[204].

Основная особенность правовых средств государственного регулирования состоит в сочетании частноправовых и публично-правовых начал. Эта характеристика в полной мере относится и к публично-правовым средствам, являющимся элементами механизма правового регулирования отношений в сфере несостоятельности (банкротства).

[202] См., к прим.: *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. С. 188–261; *Тотьев К.Ю.* Предпринимательское право. Публично-правовой статус предпринимателя: Учебное пособие. М., 2003. С. 70.

[203] *Химичев В.* Защита прав кредиторов при банкротстве. М., 2006. С. 16–17; *Попондопуло В.А.* Конкурсное право (правовое регулирование несостоятельности (банкротства) предпринимателей). СПб., 1995. С. 10; *Папе Г.* Институт несостоятельности: Общие проблемы и особенности правового регулирования в Германии. Комментарий к действующему законодательству (Пер. с нем.) М., 2002. С. 14; и др.

[204] *Губин Е.П.* Указ. соч. С. 162.

Исследуя характер взаимодействия частноправовых и публично-правовых средств при правовом регулировании предпринимательской деятельности, Е.П. Губин приходит к обоснованному выводу о том, что «все законодательство о банкротстве пронизано публично-правовыми и частноправовыми нормами. Данное положение подтверждается анализом Федерального закона от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)», в котором содержится значительное число норм процессуальных, т.е. публично-правовых.

При реализации процедур банкротства тесно переплетаются частноправовые и публично-правовые средства. Можно сказать, что в целом вся процедура банкротства в широком понимании этого правового института — публично-правовое средство регулирования отношений в сфере экономики»[205].

На наш взгляд, публично-правовые средства регулирования отношений в сфере несостоятельности (банкротства) обладают рядом особенностей, отражающих особенности рассматриваемых отношений и института несостоятельности (банкротства) в целом. К числу этих особенностей следует отнести: 1) закрепление рассматриваемых правовых средств в законодательстве; 2) формализованность и законность применения этих средств; 3) направленность на достижение основной цели правового регулирования на основе разумного сочетания частноправовых и публично-правовых средств; 4) соразмерность применяемых публично-правовых средств цели правового регулирования.

Своеобразным правовым средством выступает и сам институт несостоятельности (банкротства), представляющий собой совокупность определенных стимулов и ограничений, который, «с одной стороны, должен противостоять частным устремлениям отдельных кредиторов, с другой стороны — обеспечивать интересы всех кредиторов, должника и в то же время сочетать в себе баланс частных и публичных интересов»[206].

Безусловно, с развитием рыночных отношений в настоящее время изменениям подвергается и сам процесс правового регу-

[205] *Губин Е.П.* Указ. соч. С. 171–173.

[206] Там же.

лирования соответствующих отношений. Существенно изменяется набор применяемых средств правового регулирования, что, в первую очередь, связано с применением иных средств, не относящихся к собственно правовым.

В доктрине обоснованно ставится вопрос о том, можно ли право рассматривать в качестве правового средства[207]. В общетеоретической литературе высказывается мнение, что «право можно оценивать как средство (инструмент) для разрешения практически значимых задач общества, для удовлетворения интересов людей»[208]. Заметим, что Г.Ф. Шершеневич также рассматривал право в качестве средства к достижению известной социальной цели[209].

Интерес представляет позиция Е.П. Губина по данному вопросу. Анализируя правовые средства государственного регулирования рыночной экономики, Е.П. Губин приходит к обоснованному выводу, что «право как особое явление в жизни общества (социальное, философское, социологическое) не может быть поставлено в один ряд с договором, юридическим лицом, ответственностью и другими средствами, собственно, относящимися к правовым»[210]. Право призвано регулировать, прежде всего, отношения, возникающие в связи с применением и функционированием как отдельных элементов механизма правового регулирования, так и всей их совокупности.

Действительно, право — это сложная система, но оно не может воздействовать на поведение людей путем непосредственного контакта с субъектами. Норма права действует не сама по себе, свое содержание она выражает через чью-либо деятельность: либо деятельность властных органов в процессе ее применения, либо деятельность самих участников отношений, реализующих норму. Порядок применения норм права строго формализован государством, а вот процесс реализации субъектами правовых дозволений, предписаний и запретов в отсутствие такого по-

---

[207] *Алексеев С.С.* Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. С. 348.

[208] Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2001. С. 723.

[209] *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Выпуск 1–4. М., 2000. С. 532.

[210] *Губин Е.П.* Указ. соч. С. 163.

рядка осуществляется двояким путем: «либо через установление субъективных прав и обязанностей сторон в конкретном правоотношении, либо через установление правосубъектности (применительно к гражданским правоотношениям — правоспособности), т. е. возможности вступить в конкретное правоотношение и за счет этого реализовать свои права»[211].

Правоотношение выступает в качестве результата воздействия правовых средств, с помощью которого и осуществляется «самостоятельная деятельность индивидов» по реализации дозволений, предписаний и запретов.

Как уже отмечалось, анализ элементов механизма правового регулирования будет неполным, если не принимать во внимание экономические, организационные и иные средства, образующие совместно с правовыми средствами целостную систему — механизм правового регулирования отношений, возникающих в связи с несостоятельностью.

Речь идет о специфических средствах, не относящихся первоначально ни по форме, ни по содержанию к числу правовых, но приобретающих в процессе реализации правовую форму.

Следует заметить, что в доктрине в самом общем виде под правовой формой понимается совокупность норм или правовых институтов, опосредствующих определенный вид экономических отношений[212].

Вместе с тем в юридической литературе зачастую не проводится различия между правовым средством и правовой формой, что вряд ли можно признать обоснованным. С этой точки зре-

---

[211] *Протасов В.Н.* Что и как регулирует право. М., 1995. С. 22.

[212] *Халфина Р.О.* Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 80–81. Использование данной категории определяет следующие методологические подходы к анализу: 1) понятие правовой формы применяется для выяснения ее соотношения с опосредуемым содержанием, что дает возможность более полно судить о соответствии применяемых правовых средств характеру отношений, целям правового регулирования, об эффективности последнего и путях его совершенствования; 2) понятие правовой формы конструируется, исходя из содержания определенного вида общественных отношений, поэтому в рассматриваемое понятие могут включаться нормы и институты различных отраслей права; 3) своей первоосновой правовая форма нацеливает на исследование реального поведения в разверстке системы правовых норм.

ния представляет исключительно важную научную ценность позиция Е.П. Губина по указанному вопросу. Согласно мнению Е.П. Губина, «смешение понятий “правовое средство” и “правовая форма” лишает каждое из них своеобразия, не позволяет выявить их значение и место в правовом регулировании»[213].

При этом речь идет именно о правовой форме, а не о форме права. Категория «форма права» связана с понятием «источник права», представляет собой внешнее выражение права, результат правотворческой деятельности государства.

Правовая форма, являясь сложным явлением, с одной стороны, рассматривается как способ организации, существования, функционирования права как самостоятельного, самодостаточного и целостного явления, а с другой — это связь права с неправовыми явлениями, нуждающимися в юридической регламентации[214].

В целом средства правового регулирования отношений, возникающих в связи с несостоятельностью, достаточно разноплановы и многообразны, что предопределено, с одной стороны, спецификой рассматриваемых отношений, а с другой, сложностью и неоднозначностью задач, стоящих перед институтом несостоятельности (банкротства). Вместе с тем исследование данной проблематики позволяет выделить две основные группы средств правового регулирования отношений, возникающих при несостоятельности (банкротстве) должника, а именно: правовые и иные средства, приобретающие в процессе реализации норм права правовую форму. По своему содержанию данные средства могут быть экономическими, информационными, организационными и т. д. Однако все средства правового регулирования образуют единую, целостную систему и применяются в совокупности. Этот относится и к правовым, и к иным средствам правового регулирования.

Безусловно, для глубокого комплексного, системного исследования проблем правового регулирования отношений несостоятельности (банкротства) важную научную ценность представляют и иные выводы Е.П. Губина, касающиеся субъек-

213 *Губин Е.П.* Указ. соч. С. 164.
214 Там же. С. 164–165.

тивно-объективного подхода к категории интереса, обоснования необходимости государственного регулирования рыночной экономики, принципов правового регулирования предпринимательских отношений и др.

Дальнейшее глубокое исследование и развитие научных идей Е.П. Губина будет способствовать совершенствованию всего механизма правового регулирования предпринимательских, экономических отношений, а также отдельных институтов рыночной экономики.

Библиография:

1. *Алексеев С.С.* Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. 1987. № 6.
2. *Белых В.С.* Гражданско-правовое обеспечение качества продукции работ и услуг: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1993.
3. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005.
4. *Карелина С.А.* Механизм правового регулирования отношений несостоятельности. М., 2008.
5. *Малько А.В.* Правовые средства: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 1998. № 8.
6. Несостоятельность (банкротство): учебный курс. В 2-х томах / отв. ред. С.А. Карелина. М., 2019.
7. *Папе Г.* Институт несостоятельности: Общие проблемы и особенности правового регулирования в Германии. Комментарий к действующему законодательству (Пер. с нем.) М., 2002.
8. *Пугинский Б.И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984.
9. *Халфина Р.О.* Общее учение о правоотношении. М., 1974.
10. *Халфина Р.О.* Право как средство социального регулирования. М., 1988.

2.3. Об организационно-методологических основах создания научной школы предпринимательского права

Аннотация. Автор делится воспоминаниями о знакомстве с Евгением Губиным в первой половине 70-х годов прошлого века и работе в комсомольской организации университета и факультета. Прослеживается творческий путь юбиляра от студенческой скамьи до профессора, доктора юридических наук, заведующего кафедрой, Заслуженного профессора, члена Ученого совета МГУ. В работе подчеркивается важность и практическая необходимость применения постулата Е.П. Губина о том, что государственное регулирование — условие свободного рынка. Показывается интеллектуальный и организационный вклад предпринимательского права в становление и развитие права энергетического.
Ключевые слова: студенческий комсомол страны, предпринимательское право, энергетическое право, рыночные отношения, государственное регулирование.

Annotation. The author shares memories of his acquaintance with Yevgeny Gubin in the first half of the 70s of the last century and his work in the Komsomol organization of the University and the faculty. Traced the creative path of the hero of the day from the student to the Professor, doctor of law, head of the Department, Honored Professor, member of the academic Council of Moscow state University. The paper emphasizes the importance and practical necessity of applying the postulate of E.P. Gubin that state regulation is a condition of the free market. The intellectual and organizational contribution of business law to the formation and development of energy law is shown.
Keywords: student Komsomol of the country, business law, energy law, market relations, state regulation.

Мое знакомство с Евгением Парфирьевичем Губиным, тогда Женей Губиным, состоялось в первой половине 70-х годов XX столетия в студенческом строительном отряде. Но кроме общих фрагментов воспоминаний, конкретики я не припоминаю.

Более ясно и конкретно я представляю Евгения Парфирьевича уже как секретаря комитета ВЛКСМ Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова. Дело в том, что в 1974 г. я был избран членом комитета ВЛКСМ МГУ имени М.В. Ломоносова, заместителем секретаря комитета комсомола, как тогда называлась эта должность — по интернациональной работе. Конечно, в то время у меня не было мысли о том, что наши жизненные пути в научно-педагогическом плане будут соприкасаться и идти параллельно более 45 лет, то есть до настоящего времени и, дай Бог, еще столько, сколько отведено Всевышним.

Жизнь подтвердила, что это было одно из тех комсомольских знакомств, которых, к счастью, было немало и которые я до сих пор ценю как знаковые события, предопределившие мою дальнейшую жизнь в научно-педагогическом и вообще житейском плане.

Работа в комитете комсомола университета значительно расширила мое мировоззрение и мой кругозор. Я общался с представителями комсомольских организаций всех факультетов университета, с вышестоящими организациями (райкомом, горкомом), вплоть до ЦК ВЛКСМ. В те времена это были наиболее продвинутые, как бы сейчас сказали — креативные, комсомольцы и комсомолки, студенты всех факультетов МГУ и большинства московских вузов. Сегодня их иногда называют карьеристами. Но я думаю, что это дело политической конъюнктуры. Это действительно был студенческий актив университета и страны. Я более детально узнал и понял, как организован университет, как он управляется, его структуру и, в определенной степени, повседневную организацию работы ректората и парткома. Эти структуры находились на девятом и десятом этажах Главного здания (ГЗ), где располагался и комитет ВЛКСМ МГУ. Мы постоянно были в контакте.

В те времена первым секретарем комитета комсомола МГУ была В.Н. Калмык (филологический факультет). Секретарем по интернациональной работе — В.С. Коровин с нашего юридического факультета. Мы были сокурсниками. Как я понимаю, В.С. Коровин и рекомендовал меня к себе замом. Сферой моей

ответственности была организация международной деятельности комсомольской организации МГУ. Именно эта работа вывела меня на молодежные общественные и, в определенной степени, на государственные структуры, которые занимались международными делами; на международные контакты с союзами молодежи столичных вузов зарубежных стран. Значительную помощь нашей работе оказывали Комитет молодежных организаций (КМО) нашей страны и Студенческий совет СССР.

Об этом я вспоминаю не только потому, что это моя, но также и Евгения Парфирьевича Губина университетская, постстуденческая, аспирантская, комсомольская юность и молодость. Я пишу эти заметки в дни празднования 100-летия со дня рождения Всесоюзного Ленинского коммунистического союза молодежи. Именно как члену вузкома в те годы мне приходилось контактировать с Евгением Парфирьевичем Губиным как секретарем комитета комсомола факультета по основным текущим вопросам работы комсомольской организации. Это были плодотворные творческие контакты. Помню, что в составе делегации комитета ВЛКСМ МГУ во главе с секретарем комитета комсомола университета В.И. Южаковым (физический факультет) Е.П. Губин был направлен в командировку в Болгарию в Софийский университет имени Климента Охридского.

Нашу работу в комсомоле уместно вспомнить и в связи с тем, что в университете, как и в стране в целом, 100-летний юбилей комсомола — 29 октября 2018 г. — не прошел незамеченным. 25 октября 2018 г. в конференц-зале факультета глобальных процессов прошла научная конференция, посвященная юбилейной дате, на которой были представлены книги, выпущенные к юбилею комсомола[215]. В зале заседаний Ученого совета университета в интеллектуальном центре — научной библиотеке МГУ ректором университета академиком РАН Виктором Антоновичем

[215] См.: Комсомол Московского университета. Сост. В.А. Мамонтов, Е.Н. Мощелков. М., 2014; Студенческий комсомол. Пред. ред. коллегии В.И. Барсуков М., 2018.

Садовничим были приняты ветераны комсомольского движения университета.

Среди выступающих были первый секретарь ЦК ВЛКСМ Е.М. Тяжельников (70-е годы прошлого века), выпускник аспирантуры МГУ; бывшие первые секретари комитета ВЛКСМ МГУ Леонид Асланов (химический факультет), Виктор Южаков (физический факультет), Валерий Васенин (механико-математический факультет), Сергей Никитин (философский факультет), Максим Сотников (физический факультет) и др. Во встрече участвовали комсомольские активисты последних лет существования комсомольской организации университета и страны. Во всех выступлениях звучали вдохновенные слова о деятельности комсомола как в стране в целом, так и университетской комсомольской организации. Мы с Евгением Парфирьевичем даже перебросились парой фраз о том, как этот юбилей возможно отметить на нашем факультете.

О работе комсомольской организации юридического факультета тех лет, конечно, лучше расскажет сам Евгений Парфирьевич как непосредственный руководитель комитета и всей комсомольской организации факультета. Что хотелось бы мне отметить, это запомнившаяся комсомольская свадьба Евгения Парфирьевича с членом комитета комсомола Юридического факультета МГУ, отвечавшей, если я не ошибаюсь, за одно из самых ответственных направлений работы комсомола — комсомольские взносы — Анесой Минасянц. Вспоминаю также их однокурсницу Савельеву Ирину, которая была избрана членом бюро МГК ВЛКСМ. Ирина Савельева была аспиранткой кафедры гражданского права, а затем и сотрудницей нашей кафедры. Насколько я знаю, избрание представителя вузовского комсомола г. Москвы в руководящий орган такого высокого уровня в истории было единственный раз.

Я глубоко убежден в том, что именно благодаря работе в комсомоле на нас обратили внимание и на факультете, и в университете.

На каком-то этапе мне предложили написать заявление о ходатайствовании перед Исполкомом Моссовета о предоставле-

нии мне постоянной прописки в городе Москве на жилплощади, предоставляемой университетом. Что и случилось в ноябре 1978 г. Так я и моя семья стали москвичами. За что мы очень благодарны Московскому университету.

После успешной защиты кандидатской диссертации 13 ноября 1978 г. по путевке Министерства высшего и среднего специального образования СССР я был зачислен на работу на Юридический факультет МГУ.

Можно, конечно, вспомнить интересные и важные моменты из жизни комсомольской организации, но данный материал имеет своей основной направленностью рассказать о научной, педагогической, творческой и руководящей работе Евгения Парфирьевича к предстоящему 28 апреля 2019 г. его семидесятилетнему юбилею.

Более десяти лет мы работали с Евгением Парфирьевичем на кафедре гражданского права. И на моих глазах происходило его становление как молодого ученого и преподавателя, продвигающегося к вершинам юридической науки: аспирант, старший преподаватель — начальник курса, доцент, профессор, Заслуженный профессор Московского университета.

О студенческих годах Евгения Парфирьевича и его научной студенческой работе я ничего не могу сказать, так как он учился на четыре года позже меня. Но об этом можно сказать словами самого Евгения Парфирьевича, правда, произнесенными им уже в зрелые годы, накануне своего юбилея. Отвечая на вопрос, под чьим руководством он писал свои курсовые и научные работы, Евгений Парфирьевич сказал: «Научный руководитель — это точно не тот человек, который за тебя что-то делает. Наоборот, это тот человек, который заставляет тебя что-то делать.

Научный руководитель совсем необязательно должен быть один на все времена. Передо мной собирательный образ научного руководителя: на втором, третьем и четвертом курсах моим научным руководителем по курсовым работам был профессор В.П. Грибанов; научным руководителем по дипломной работе — профессор С.М. Корнеев; научным руководителем при написании кандидатской диссертации — профессор Г.П. Савичев, а

научным вдохновителем в течение всех лет работы на кафедре предпринимательского права юридического факультета МГУ, которой в июне 2019 г. исполнится 30 лет, профессор А.Г. Быков.

И каждому из них я благодарен за мудрость, доброту, требовательность, внимание, человеческое тепло, знания»[216].

О самом Евгении Парфирьевиче как о научном руководителе образно и ярко сказал его ученик, ныне доцент кафедры предпринимательского права Кичик Кузьма Валерьевич: «...В 2009 году, будучи уже аспирантом, я испытывал проблемы с определением темы диссертации. <...> И вот как-то ехал я в метро, стоял в вагоне поезда, грустил из-за отсутствия темы диссертации, вдруг на станции метро «Киевская» (кольцевая) в вагон зашел Евгений Парфирьевич и в ответ на мое приветствие сказал: «Госзакупки». Это было гениально! Я сразу понял, что правовое регулирование отношений в сфере госзакупок — это то, чем я занимаюсь на практике (я работал юрисконсультом Юридического факультета МГУ в тот момент, проводил госзакупки), что эта тема удовлетворяет интересам кафедры, что эта тема мне очень интересна! Так была определена сфера отношений, явившаяся предметом исследования моей диссертации. Сама же кандидатская диссертация на тему «Государственный (муниципальный) заказ как средство государственного регулирования экономики: правовые вопросы» была защищена мною в 2011 г.»[217]

Как мне представляется, в материале, который посвящен юбилею, должна быть не только научно-педагогическая, организационная и руководящая составляющая, но и что-то личное. Тем более что нас связывает более сорока пяти лет совместной работы на юридическом факультете, в начале, как было отмечено, на кафедре гражданского права, а затем и на вновь созданной кафедре хозяйственного права и правового регулирования внешнеэкономической деятельности, переименованной затем в кафедру предпринимательского права.

[216] См.: *Ефимовская И., Хегай К.* Научники наших научников. Часть 2. Журнал студентов юридического факультета МГУ «ПРИМ» № 20. Август 2018. С. 11–12.

[217] Там же.

Дело в том, и нашему поколению это хорошо известно, что преподавание хозяйственного права в качестве обязательной дисциплины в юридических вузах страны, тогда это был Союз Советских Социалистических Республик, было возобновлено по приказу Минвуза СССР в 1966 г., после известных постановлений ЦК КПСС и Совета Министров СССР, в частности, Постановления ЦК КПСС «О мерах по дальнейшему развитию юридической науки и улучшению юридического образования в стране». Вначале этот курс на факультете читал тогда еще к. ю. н., доцент С.М. Корнеев. Он всегда позиционировал себя как истинного цивилиста, но выполнять учебный план, в котором значилось хозяйственное право, было необходимо. Поэтому С.М. Корнеев и был первым лектором по данной дисциплине. Когда появилась возможность — в связи с приходом на кафедру в 1968 г. выпускника кафедры, защитившего к тому времени под руководством В.П. Грибанова кандидатскую диссертацию на тему «Роль гражданско-правовых санкций в укреплении хозрасчета» А.Г. Быкова — руководство кафедры, и прежде всего сам С.М. Корнеев, передали чтение лекций по хозяйственному праву А.Г. Быкову.

Коллективом членов кафедры предпринимательского права планируется отдельная научная работа, посвященная ее 30-летнему юбилею. Тем не менее следует подчеркнуть, что история создания, развития и функционирования нашей кафедры неразрывно связана с именами В.П. Грибанова — заведующего (в те времена) кафедрой гражданского права, д. ю. н., профессора, без истинной заинтересованности и поддержки которого вряд ли было возможно создание нашей кафедры; М.Н. Марченко — декана юридического факультета, д. ю. н., профессора (не знаю и, к сожалению, не выяснил, является ли он сторонником цивилистической или хозяйственно-правовой концепции, да это, в конце концов, и не так важно), который, насколько мне известно, поддержал эту идею и, пользуясь своим весом и авторитетом у руководства университета, добился принятия соответствующего решения Ученого совета МГУ от 27 марта 1989 г., Протокол № 2 (по гуманитарным факультетам); А.Г. Быкова — к моменту

издания приказа ректора МГУ № 507 от 8 июня 1989 г. о создании кафедры доктора наук, профессора; Е.П. Губина — к. ю. н., доцента, и П.Г. Лахно — к. ю. н., доцента, автора настоящей работы.

Немаловажное значение имел и тот факт, что на кафедре гражданского права второй половины — конца 80-х годов прошлого века уже «вырисовывались» три лидера, три ученика профессора В.П. Грибанова, способные успешно самостоятельно руководить кафедрой. Это д. ю. н., профессор А.Г. Быков, д. ю. н., профессор Б.И. Пугинский, д. ю. н., профессор Е.А. Суханов. Смею утверждать, что именно человеческая мудрость, жизненная позиция фронтовика профессора В.П. Грибанова и его научная честность и смелость — ведь он был пусть и не «воинствующим», но цивилистом (определение академика В.В. Лаптева), научным оппонентом хозяйственно-правовой концепции, — привели к решению о необходимости создания отдельной кафедры по хозяйственному праву. Примечательно, что именно профессор В.П. Грибанов принял решение об инициировании ходатайства о создании нашей кафедры. Так оно и произошло. Д. ю. н., профессор А.Г. Быков стал первым заведующим нашей кафедрой. Позже д. ю. н., профессор Б.И. Пугинский возглавил кафедру советского права и методики правового воспитания, переименованную по его инициативе в кафедру коммерческого права и основ правоведения[218], а д. ю. н., профессор Е.А. Суханов — кафедру гражданского права[219].

Создание кафедры сопряжено с подготовкой значительного количества документов и другой организационно-бюрократической работой, которой на определенном уровне и на определенном этапе поручили заниматься мне. Еще со времен работы в комсомоле у меня сложились хорошие отношения с сотрудниками ректората, в частности, с помощником ректора МГУ Е.Н. Василевской, что упрощало контакты на высоком уровне и помогало преодолевать бюрократические моменты.

[218] См.: Коммерческое право: учебник для академического бакалавриата / под общ. ред. Б.И. Пугинского, В.А. Белова, Е.А. Абросимовой. М., 2016.

[219] Гражданское право в 2-х томах / отв. ред. Е.А. Суханов. Учебник. М., Статут. 2011.

8 июня 1989 г. ректор университета академик АН СССР А.А. Логунов подписал приказ № 507 «Об организации на юридическом факультете кафедры “Хозяйственное право и правовое регулирование внешнеэкономической деятельности”»[220]. Новая кафедра была создана на базе кафедры гражданского права. Все члены кафедры — кандидаты юридических наук, доценты Е.П. Губин, П.Г. Лахно, чуть позже И.В. Савельева — работали именно на кафедре гражданского права, являются ее воспитанниками.

Мы были первыми членами кафедры хозяйственного права и правового регулирования внешнеэкономической деятельности, перешедшими с кафедры гражданского права на вновь созданную кафедру.

28 сентября 1992 г. на заседании Ученого совета университета (Протокол № 10) было удовлетворено ходатайство Юридического факультета об изменении названия кафедры, и она стала именоваться впредь кафедрой предпринимательского права.

Вспоминая первые годы существования нашей кафедры, я воссоздаю в воображении тот энтузиазм и грандиозность, масштабность наших научных, творческих и педагогических планов. Надо понимать, какое это было время, и какие смелые задачи-проекты ставились Анатолием Григорьевичем Быковым, исходя из масштаба его личности, места и роли в науке хозяйственного права. По моему глубокому убеждению, А.Г. Быков был истинным ученым, творческим человеком. Он с таким восторгом и воодушевлением выдвигал новые, совершенно до этого не звучавшие идеи, что это порой не то, чтобы ставило в тупик, но требовало иного взгляда на явления правовой действительности и новых подходов к пониманию фундаментальных мето-

[220] Подробнее см.: *Губин Е.П., Лахно П.Г., Дедов Д.И., Карелина С.А., Паращук С.А.* Наука и преподавание хозяйственного и предпринимательского права в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова. Предпринимательское право в рыночной экономике. Посвящено 250-летию Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова и 15-летию кафедры предпринимательского права Юридического факультета. Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Новая правовая культура. 2004. С. 11–56.

дологических основ научных исследований и преподавания в сфере правового регулирования экономики[221].

Мое увлечение энергетикой, ее правовым регулированием напрямую связано с Анатолием Григорьевичем Быковым. В самом начале 90-х годов прошлого века мы — творческий коллектив ученых Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова во главе с А.Г. Быковым, в который, кроме меня, входили Е.П. Губин, Е.С. Фролов и другие сотрудники факультета, — разрабатывали проекты федеральных законов «Об основах федеральной государственной энергетической политики», «О федеральных энергетических системах», «О нефти и газе», Энергетического кодекса Российской Федерации и др.[222]

Именно тогда впервые зародились мысли и идеи об энергетическом праве. И смею утверждать, что именно мы, представители кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, являлись и являемся творцами и свидетелями зарождения, становления и развития энергетического права Российской Федерации.

Творческий характер А.Г. Быкова, его увлеченность новыми идеями нередко приводили к тому, что Анатолий Григорьевич оставлял без должного внимания, не доводя до конкретной реализации и публикации, уже существующие наработки по определенным вопросам правового регулирования предпринимательства, которые уходили у него на второй план, предлагал проработать новые, возможно, даже в чем-то противоречащие прежним его воззрениям, идеи. И так было не один раз. Видимо, именно по этой причине мы не смогли издать под его руководством учебник по предпринимательскому праву, который прак-

---

[221] Подробнее см.: *Лахно П.Г.* С благодарностью за опыт и знания. К 80-летию со дня рождения д. ю. н., профессора А.Г. Быкова // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 10–17; А.Г. Быков. Человек. Ученый. Учитель / отв. ред. Е.П. Губин. М.: Стартап, 2013.

[222] См.: *Быков А.Г.* О проекте энергетического кодекса Российской Федерации. В кн.: А.Г. Быков. Человек. Ученый. Учитель. М.: Стартап, 2013. С. 329–335; *Лахно П.Г.* Энергетический кодекс Российской Федерации — основополагающий юридический документ, регулирующий отношений в ТЭК. Бизнес. Менеджмент. Право. 2006. № 3.

тически был готов, но который неоднократно перестраивался в структурном плане и по содержанию.

Очень важным в этом плане был практический, конкретный подход к организации работы кафедры и обеспечении ею учебного процесса и научных исследований, присущий Евгению Парфирьевичу Губину. С момента создания кафедры Е.П. Губин являлся заместителем заведующего и практически вел основную организационно-методическую работу на кафедре и замещал заведующего — профессора А.Г. Быкова, в том числе на заседаниях совета факультета в нередкие моменты его отсутствия.

С позиций сегодняшнего дня я думаю, что Анатолию Григорьевичу Быкову как истинному ученому, творческой личности административно-руководящая работа, даже в должности заведующего пусть и небольшой по численности кафедрой, была не очень интересной и привлекательной, и вообще не подходила к его характеру. Именно по этой причине и по состоянию здоровья, как мне представляется, он и оставил, в конечном итоге, пост заведующего кафедрой.

Возглавив кафедру в 2001 г., Евгений Парфирьевич, наряду с продолжением научных идей, традиций, творческим подходом к организации учебного процесса, заложенных еще на кафедре гражданского права и воспринятых и реализуемых первым заведующим нашей кафедрой, на мой взгляд, уделял значительно больше внимания, нежели Анатолий Григорьевич, организационно-технологическим вопросам функционирования кафедры и, конечно, укреплению дисциплины, что в конечном итоге и сказалось на результатах работы кафедры. В стиле его руководства кафедрой прослеживается, на мой взгляд, повышенное чувство дисциплины. По мнению большинства наших коллег по факультету, именно, в том числе, и поэтому кафедра занимает одно из ведущих, если не первое место, в негласном соревновании между кафедрами факультета по многим показателям.

Говоря о научных взглядах и предпочтениях Евгения Парфирьевича, я бы хотел подчеркнуть, что у нас с ним много

общего, особенно в плане теории, методологии, научного исследования правового регулирования рыночной экономики, предпринимательского права. И это вполне понятно, логично и обоснованно, ибо оба мы вышли из кафедры гражданского права, как и наш первый заведующий — Анатолий Григорьевич Быков. На кафедре гражданского права мы, как и другие ее преподаватели, прошли основательную цивилистическую школу и на все времена остались ей благодарными за это. И не только научную школу. Профессора В.П. Грибанов, С.М. Корнеев, А.М. Белякова и другие члены кафедры являлись для нас примерами надлежащего служения своему делу.

Наглядным проявлением и подтверждением сказанного является наша совместная работа в качестве ответственных соредакторов первого в Российской Федерации учебника по предпринимательскому праву для средних специальных учебных заведений. В этом учебнике, кроме отдельных самостоятельных глав, мы в соавторстве написали первую главу, определяющую наш подход и понимание, понятие, содержание и место предпринимательского права в системе права России — «Предпринимательское право» для студентов образовательных учреждений среднего профессионального образования, обучающихся по специальности «правоведение» (издательство «Юристъ». М., 2001), второго издания данного учебника, переработанного и дополненного (издательство «Норма». М., 2008).

Работая совместно над первой главой учебника «Предпринимательское право Российской Федерации» для высших учебных заведений, выдержавшего за последние почти 20 лет три издания[223], мы исходили из единых научно-теоретических и методологических позиций относительно понятия, содержания предпринимательского права, его места и роли в системе права Российской Федерации. Научная кафедральная (универси-

[223] См.: Предпринимательское право Российской Федерации для студентов образовательных организаций, обучающихся по направлению подготовки «юриспруденция», квалификация (степень) «бакалавр», квалификация (степень) «магистр». 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2017.

тетская) концепция предпринимательского права как отрасли права, отрасли законодательства, науки и учебной дисциплины базируется на идеях, изложенных в работах одного из создателей и первого заведующего кафедрой, доктора юридических наук, профессора А.Г. Быкова: «Предпринимательское право: проблемы формирования и развития» (Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1993. № 6. С. 4–9); «О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения» (Предпринимательское право. 2004. № 1. С. 5–15)[224].

В 2003 г. в издательстве «Юристъ» под нашим совместным с Евгением Парфирьевичем редактированием (мы являлись не только ответственными редакторами, но и авторами отдельных глав) вышло первое издание учебника «Предпринимательское право Российской Федерации» для студентов высших учебных заведений, обучающихся по специальности «Юриспруденция»[225]. Это издание было посвящено 250-летию Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова. В 2005 г. в серии «Классический университетский учебник» эта работа вышла в том же издательстве «Юристъ». В 2010 г. на свет появилось второе издание, переработанное и дополненное, и в 2017 г. — третье, актуальное издание, переработанное и дополненное.

Понятно, что в каждом последующем издании мы не только развивали идеи и мысли нашего Учителя, профессора А.Г. Быкова, но и отражали то новое, что появлялось в правовой системе России, наших научных достижениях и наработках и взглядах наших коллег: д. ю. н., профессора, Заслуженного деятеля науки Российской Федерации В.К. Андреева, д. ю. н., профессора, Заслуженного деятеля науки Российской Федерации В.С. Белых, д. ю. н., профессора, Заслуженного юриста Российской

[224] *Быков А.Г.* Предпринимательское право: проблемы формирования и развития // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 1993. № 6. С. 3–10; *Быков А.Г.* О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения // Предпринимательское право. 2004. № 1. С. 5–15.

[225] См.: Предпринимательское право Российской Федерации / отв. ред. к. ю. н., доц. Е.П. Губин, к. ю. н., доц. П.Г. Лахно. Юристъ. М., 2003.

Федерации И.В. Ершовой, д. ю. н., профессора С.С. Занковского, д. ю. н., профессора Н.И. Михайлова, д. ю. н., профессора О.М. Олейник, д. ю. н., профессора, Заслуженного деятеля науки Российской Федерации В.Ф. Попондопуло и др.

Работая над первой главой учебника «Предпринимательство и предпринимательское право» (а эта работа является постоянной, на протяжении вот уже почти двух десятков лет), мы исходили и исходим из теоретических и методологических положений, заложенных в работах академика АН СССР, профессора В.В. Лаптева, академика НАН Украины, профессора В.К. Мамутова, академика РАН, профессора Ю.К. Толстого, члена-корр. РАН, профессора В.Ф. Яковлева и др. Мы, конечно, воспринимали и критически оценивали и оцениваем и дискуссионные высказывания наших научных оппонентов, в частности, д. ю. н., профессора, Заслуженного деятеля науки РФ, ответственного редактора фундаментального учебника по гражданскому праву, выдержавшего не одно издание, заведующего кафедрой гражданского права, д. ю. н., профессора Е.А. Суханова, д. ю. н., профессора, Заслуженного деятеля науки РФ, заведующего кафедрой коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета В.Ф. Попондопуло, д. ю. н., профессора, Заслуженного юриста РФ, экс-заведующего кафедрой коммерческого права и основ правоведения Б.И. Пугинского и других коллег.

Значительное влияние на содержание и научно-методологические подходы к изложению материалов учебника, особенно глав, посвященных государственному регулированию экономики, общим вопросам правового регулирования предпринимательской деятельности, ее понятию и содержанию, а также методологических подходов в изложении вопросов правового регулирования рыночной экономики, в том числе организации и функционирования товарных рынков, рынков энергии и энергетических ресурсов, оказали научные идеи и достижения, изложенные Е.П. Губиным в его монографии «Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы»; научно-теоретических и методологиче-

ских публикациях по фундаментальным проблемам предпринимательского права*

В научной юридической литературе постулируется, что государственное регулирование есть условие свободного рынка. И этот постулат является одним из основных научных положений, сформулированных и доказанных Е.П. Губиным в его главной монографии[226].

Рынок функционирует совершенно свободно, но в рамках, прямо установленных государством, более того, можно сказать, что государственное регулирование является условием свободного рынка. «Государство выступает как конфигуратор рынка. <...> Степень воздействия при этом вариативна, ...но это конституирующее влияние»[227]. Государство не просто влияет на рыночные отношения, оно создает условия для возникновения и развития рынков, являясь во многом внутренним элементом процесса их формирования и трансформации, действуя на началах встроенной автономии. С этих позиций рынок можно определить как правильно и хорошо организованное государственное регулирование.

Немаловажное значение имеет социально-психологический настрой в обществе, нравственные и религиозные, духовные воззрения и ценности, понимание неизбежности, необходимости рыночных отношений, поскольку, как показал процесс развития мирового сообщества, основанного на частной собственности, успешной альтернативы рынку нет[228].

---

* На все эти публикации имеются ссылки почти во всех статьях данного издания.

[226] См.: *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 10.

[227] *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности // Предпринимательское право. 2015. № 4; *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности // Интервью Е.П. Губина // Законодательство. Право для бизнеса. 2015. № 6.

[228] См. подробнее: *Лахно П.Г.* Правовые вопросы становления и трансформации нефтегазового рынка в условиях финансового кризиса и после него. В кн.: Право и бизнес в условиях экономического кризиса: опыт России и Германии. Отв. ред. Е.П. Губин, Е.Б. Лаутс. Юрист. М., 2010. С. 129–177.

Степень государственного вмешательства в экономику, рыночные отношения — величина переменная и зависит от многих факторов: от конкретной ситуации на рынке, востребованности государств на том или ином этапе становления рыночных отношений. Кроме того, государство несет ответственность за национальную, экономическую, энергетическую, продовольственную, экологическую и другие виды безопасности общества. Естественно, в жизненно важных сферах экономики государство может и должно играть адекватную роль[229].

Государство должно содействовать развитию рыночной структуры и инфраструктуры, создавать благоприятные основы для предпринимательства. Должно сложиться уникальное объективно-субъективное взаимодействие саморегулирования свободного рынка и в строго определенных, в ограниченных случаях — императивное вмешательство государства в рыночные отношения в интересах всего общества и свободы предпринимательства.

Применительно к нефтегазовому комплексу и сегодня актуальны идеи, высказанные Е.П. Губиным на III Международной научно-практической конференции «Энергетика и право» 10–11 апреля 2008 г. в Москве: «Мировой опыт функционирования нефтегазового комплекса, например, в Норвегии, Великобритании, Саудовской Аравии и других странах, связанных с добычей и последующей реализацией нефти и газа, показывает и доказывает необходимость активного участия государства в создании условий для его эффективной работы»[230].

Наглядным примером роли и значения государства и его влияния на рыночные отношения является регулирование ситуации, сложившейся на рынке нефти и нефтепродуктов в нашей стране во второй половине октября — начале ноября 2018 г. Как отметил 31 октября вице-премьер Дмитрий Козак по итогам совещания с

---

[229] Подробнее об этом см.: *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 24–25. В 2018 году эта монография была переиздана, что свидетельствует о востребованности идей о правовом регулировании рыночной экономики и предпринимательства, высказанных Е.П. Губиным в начале XXI века.

[230] *Губин Е.П.* Государственное регулирование отношений в сфере нефтегазового комплекса России: правовые вопросы. В кн.: Энергетика и право. Под ред. П.Г. Лахно. М., 2008. С. 288–295.

нефтяными компаниями, правительство и нефтяные компании в течение 24 часов подпишут соглашение о стабилизации ситуации на топливном рынке. Соглашение будет заключено до 31 марта 2019 г. «Решение найдено, и ситуация может начать успокаиваться. Она была расшатана искусственно», — заявил Козак[231].

В средствах массовой информации сообщалось, что «...меры, принятые правительством, помогут избежать скачков цен на оптовом и розничном рынке топлива. Введение заградительных экспортных пошлин в настоящее время не потребуется. Правительство прорабатывает дополнительный механизм регулирования рынка нефтепродуктов, которые могут быть введены «в ходе завершения налогового маневра в отрасли». Правительство продолжает следить за розничными ценами на топливо, «сохраняя возможность оперативного введения механизмов для его стабилизации»[232].

В определенном аспекте действия правительства (исполнительной власти) можно признать прямым нарушением объективных законов рынка, в том числе закона стоимости и др. Но эти действия направлены на реализацию общенационального предназначения энергетики, а не на самодостаточность нефтяных компаний. Участники энергетического рынка, рынка нефтепродуктов, в данном случае — бензина, по моему мнению, при руководящей роли государства должны прийти к формированию научно-обоснованных, выверенных условий, при которых произойдет сбалансированность естественной предпринимательской цели — получения прибыли — с общественным интересом. В этом заключается исходная задача как предпринимательского, так и энергетического права — поиск оптимизации баланса частного и публичного интересов как на уровне государственного управления, так и на уровне коммерческих отношений[233].

[231] Подробнее см.: *Старинская Г., Петлевой В., Топорков А.* Правительство договорилось с нефтяниками о снижении цен на бензин. Стоимость топлива в опте должна вернуться на уровень июня // Ведомости. 2018.

[232] См.: Представитель Козака подтвердил выполнение соглашения о стабилизации цен на бензин // Ведомости. 2018.

[233] См.: *Губин Е.П.* Предмет предпринимательского права: современный взгляд // Предпринимательское право. 2014. № 2. С. 9–14.

Возвращаясь к нашим научным взглядам, предпочтениям, я понимаю, что у каждого из нас есть свое, конкретное видение отдельных аспектов правового регулирования отношений в сфере экономики в целом и отдельных ее отраслях. Например, можно дискутировать о самом названии нашей научной специальности и учебной дисциплины «предпринимательское право». Ведь «предпринять», согласно толковому словарю В. Даля, означает — начать что-то делать. Разве предприниматель все время что-то начинает? Он может на протяжении довольно длительного времени выполнять одну и ту же работу, выпускать одну и ту же продукцию и т. п. На мой взгляд, название «хозяйственное право» более точно, адекватно отражает суть и содержание нашей научной специальности и учебной дисциплины. Другой дискуссионный вопрос о соотношении предпринимательского права с новыми, закрепленными в Номенклатуре, утвержденной министерством, научными специальностями: корпоративное право; конкурентное право; энергетическое право (12.00.07) и др.

Тем не менее я хочу выразить искреннюю благодарность, прежде всего, Евгению Парфирьевичу Губину, декану Юридического факультета, д. ю. н., профессору, Заслуженному деятелю науки Российской Федерации, заведующему кафедрой экологического и земельного права Александру Константиновичу Голиченкову и членам Ученого совета факультета, которые поддержали идею создания при кафедре предпринимательского права межкафедрального научно-образовательного центра (НОЦ) «Энергетика и право», и это вполне закономерно, ибо вопросами правового регулирования в сфере энергетики со своих позиций занимаются в той или иной мере, практически все кафедры факультета. Я глубоко убежден, что нельзя изучать энергетическое право не зная основ природоресурсного, называемого нами применительно к энергетическому праву правом первичных источников энергии, а также экологического права, и наоборот — нельзя изучать экологическое право, не зная основ права энергетического.

В интервью журналу «Предпринимательское право» на вопрос «Каким Вы видите будущее развитие энергетического права, в чем его актуальность?» Евгений Парфирьевич ответил: «Само по себе

энергетическое право — это сфера предпринимательской деятельности. Рынок и экономика, да и наша с вами повседневная, и не только научно-педагогическая деятельность, но и бытовая сфера, несомненно, не могут развиваться без энергетики. <...> Кафедра богата специалистами разной юридической направленности — от изучения инновационной, инвестиционной деятельности, конкурентного, корпоративного права, государственных и муниципальных закупок до проблем банкротства. Данные специализированные знания могут быть применены как при преподавании, так и при научном исследовании энергетического права. В этом тесном сотрудничестве кафедры и НОЦ и заключается залог успеха. Надеемся, что связь эта не будет нарушена и более того — будет использована в деятельности НОЦ «Энергетика и право».

У энергетического права есть перспективы: не так давно, в январе 2012 г., появилась новая научная специальность 12.00.07 — корпоративное, энергетическое право[234]. Данный факт предопределяет базовые условия дальнейшего развития науки. Актуальность энергетического права основана на практической и теоретической значимости энергетики, в связи с чем следует согласиться с П.Г. Лахно, утверждающим, что энергетика — основа будущего».

Для меня, с научно-теоретической, практической и чисто по-человечески, дружеской поддержкой служили слова, произнесенные Евгением Парфирьевичем в преддверии моего 60-летнего юбилея: «Кто бы мог подумать, что в самом начале 90-х годов прошедшего века следует обратить пристальное внимание на правовые проблемы в сфере энергетики. Тогда вопросы правового регулирования отношений в сфере регулирования топливно-энергетического комплекса казались мало интересными и не перспективными: был единый собственник, единая система управления, сложившаяся десятилетиями система регулирования. Но в том-то и заслуга П.Г. Лахно, что он смог увидеть 20 лет назад необходимость изучения новых рыночных отношений в

[234] В марте 2018 года научная специальность 12.00.07 в соответствии с Приказом Минобрнауки была дополнена новой научной специальностью — «конкурентное право», и теперь это: 12.00.07 – корпоративное право; конкурентное право; энергетическое право.

энергетике, имеющих колоссальное значение для нашей страны, всей мировой экономики.

Сегодня осталось очень немного людей, кто все еще улыбается, когда слышит что-либо об энергетическом праве. Но жизнь, юридическая наука идут вперед, и идеи, которые отстаивает П.Г. Лахно, его коллеги по кафедре предпринимательского права юридического факультета МГУ, завоевывают новых сторонников»[235]. Право следует за экономикой, за потребностями и развитием естественных наук прежде всего. Поэтому объективно роль энергетического права будет возрастать.

За научную и дружескую поддержку я Евгению Парфирьевичу очень благодарен. В том числе благодарен и за рецензию, в которой были высказаны важные пожелания и предложения, на мою монографию «Энергетическое право Российской Федерации: становление и развитие»[236]. Данная работа является своеобразным подведением итогов исследования правового регулирования отношений в области энергетики, которые проводились на протяжении почти тридцати лет, практически с момента образования нашей кафедры.

Отвечая на вопрос о связи НОЦ «Энергетика и право» с кафедрой предпринимательского права, другими кафедрами факультета Евгений Парфирьевич отметил: «Энергетическое право, являясь комплексной подотраслью предпринимательского права, охватывает широкий круг правоотношений. Данный факт находит свое отражение в междисциплинарном характере энергетического права. Так, к деятельности центра привлечены преподаватели кафедры истории государства и права, гражданского процесса, уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора, уголовного права, трудового права и других структурных подразделений факультета. Такой междисциплинарный подход должен быть, ведь мы являемся неотъемлемой частью университета, должны под-

[235] *Губин Е.П.* Человек, смотрящий в будущее // PREDPRIM. Июнь 2011. № 14. С. 12.

[236] *Лахно П.Г.* Энергетическое право Российской Федерации: становление и развитие. М.: Изд. МГУ, 2014.

держивать связи как в пределах факультета, так и с другими факультетами МГУ, вузами и подразделениями, где осуществляется изучение энергетического права». И далее: «...межкафедральность предопределена комплексным подходом в энергетическом праве. Я уверен в том, что именно такие подходы обеспечат достижение поставленных задач».

Выступая на круглом столе «Энергетическое право в XXI веке: опыт России, зарубежных стран и международных организаций» 15 октября 2015 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации в рамках Международной научно-практической конференции — X Ежегодные научные чтения, посвященные памяти С.Н. Братуся «Право и экономическая деятельность: современные вызовы», Е.П. Губин сказал: «Спасибо тем людям, которые организовали секцию. Первоначально ее вообще не было в программе конференции».

«...Надо ставить крупные задачи, связанные с разработкой проекта энергетического кодекса на современном этапе».[237] Е.П. Губин с удовлетворением отметил высказанное представителем правительства мнение о том, что нам нужно создавать новые кодексы: «...И в этом направлении ведется научная и научно-практическая работа. Работа по созданию не только энергетического кодекса, но и кодекса предпринимательского. Я не могу понять, почему допускается уже энергетический кодекс, а предпринимательский — нельзя?[238] А там — та же система, те же проблемы, в том огромном массиве законодательства.

Энергетика, транспорт, снабжение, трубопроводный транспорт — это в совокупности огромный массив практик, которые осилить студентам за одно или два семинарских занятия невозможно. <...> Работа над проектом энергетического кодекса долж-

[237] См.: Выступление Е.П. Губина на указ. конференции // Энергетическое право. 2015. № 2(25). С. 6.

[238] *Губин Е.П.* Размышления о Предпринимательском кодексе: современный взгляд. // Творческое наследие академика Лаптева В.В. и современность. М., 2014. С. 63–76.

на быть возобновлена. У нас есть хорошие основы для этого, надо идти дальше.

<...>Мы должны четко определиться с предметом энергетического права, хотим мы этого или нет. Что это такое?[239] Общественное мнение наконец тронулось в пользу инициаторов этой науки. Надо срочно активизировать эту работу и понять, что энергетическое право существует, и в основе его — энергетическое законодательство. Только без систематизации невозможно[240]. С этой точки зрения энергетический кодекс — вещь необходимая, надо срочно начать работу над ним и продолжать делать»[241].

Выступая на той же конференции, заведующая кафедрой предпринимательского и корпоративного права университета имени О.Е. Кутафина, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист РФ И.В. Ершова в своем выступлении отметила: «У меня было очень много вопросов после того, как выступил Петр Гордеевич, но в процессе выступления всех докладчиков они уже частично были затронуты. Мне кажется, что основные вопросы, так или иначе, будут связаны с тем, является ли энергетическое право отраслью права или нет. <...> Я склонна его рассматривать

---

[239] См.: *Лахно П.Г.* Энергетическое право, что это такое? // Энергетика и право / Под ред. П.Г. Лахно. Вып. 2. М., 2009. С. 40–58; *Лисицын-Светланов А.Г.* Развитие науки «Энергетическое право в России» // Энергетическое право. 2015. № 2(25). С. 12–14; *Губин Е.П.* Наука предпринимательского права и правовое регулирование бизнеса // Право и бизнес. Сборник. М.: Юрист. 2012. С. 5–8; *Лисицын-Светланов А.Г.* Энергетическое право: задачи дальнейшего развития отрасли // Сборник материалов международной научно-практической конференции «Правовое регулирование в сфере электроэнергетики и теплоснабжения» М., 2013; *Блажеев В.В.* О формировании энергетического права как составной части высшего юридического образования. Там же; *Андреев В.К.* О дальнейшем развитии энергетического права как науки и как учебной дисциплины. Там же; *Клеандров М.И.* Энергетика и право: что улучшать на базе научных исследований? // Энергетика и право / Под ред. П.Г. Лахно. 2008. С. 42–47.

[240] См.: *Радько Т.Н., Головина А.А.* Современная системно-правовая теория: новый этап развития или методологический кризис // Государство и право. 2017. № 2. С. 34–40.

[241] Выступление Е.П. Губина на указ. конференции // Энергетическое право. 2015. № 2(25). С. 6.

как подотрасль предпринимательского права. С точки зрения Петра Гордеевича, наверное, я не права. А с предпринимательской точки зрения так и должно быть»[242]. Я очень уважаю Инну Владимировну Ершову, и мне очень хочется с ней согласиться. Мне понятен и близок ее предпринимательский патриотизм, который я полностью разделяю и принимаю. Я и сам патриот предпринимательского права. Но факты — упрямая вещь. Мы ни в одной программе по предпринимательскому праву, ни в одном учебнике не рассматриваем правовое регулирование недропользования, называемое нами применительно к энергетическому праву правом первичных источников энергии: поиск, разведка, добыча энергетических ресурсов. И это совершенно правильно, поскольку правовое регулирование отношений в названных сферах не входит в содержание предмета предпринимательского права. Равно как и правовые вопросы экологии и охраны окружающей среды, которые являются важнейшей составляющей энергетического права, сохраняя тем не менее свою «прописку» в материнской отрасли — экологическом праве. В то же время мы прекрасно понимаем, что без права пользования нефтегазоносными участками недр никакой нефтегазовый бизнес, предпринимательская деятельность в сфере энергетики невозможны. Вопросы же транспортировки (передачи) и реализации энергии и энергетических ресурсов являются предметом, в том числе, гражданского и предпринимательского права[243].

Правда, с позицией уважаемой Инны Владимировны Ершовой можно согласиться, если принять точку зрения на предпринимательское право, высказанную выдающимся ученым и практиком — юристом второй половины XX — первой половины XXI века, членом-корр. РАН, д. ю. н., профессором В.Ф. Яковлевым: «Главным инструментом регулирования предпринимательской деятельности является гражданское право. Предпринимательское

[242] Там же. С. 11; См.: *Блажеев В.В.* О формировании энергетического права как составной части высшего юридического образования. Указ. соч.; Энергетическое право. Учебник. Общая часть. Особенная часть / Под ред В.В. Романовой. М., 2014.

[243] См.: *Шафир А.М.* Рынок энергоресурсов и его правовое регулирование. Монография. М., 2018.

право — это и есть гражданское право, а гражданское право в значительной степени есть предпринимательское право. Это узкое понимание предпринимательского права. Есть более широкое понимание, потому что деятельность предпринимателя регулируется не только гражданским правом, поскольку есть не только отношения собственности и товарно-денежного оборота, но и использования природных ресурсов. Значит, природоресурсное право включается в регулирование предпринимательской деятельности. Трудовое право регулирует предпринимательскую деятельность, налоговое право регулирует предпринимательскую деятельность, Уголовный кодекс регулирует предпринимательскую деятельность. Следовательно, в широком смысле слова предпринимательским является все наше право»[244]. И с этим мнением уважаемого ученого, патриарха юриспруденции нашей страны трудно не согласиться.

В энергетическом праве как комплексной отрасли права есть много положений, для которых материнскими отраслями (Ю.К. Толстой) являются традиционные отрасли права. Например, в гражданском праве — энергия как объект (предмет) правового регулирования (§ 6. «Энергоснабжение». Гл. 30. «Купля-продажа». ГК РФ). В этом плане выглядит диссонансом отсутствие в ст. 128 ГК РФ такого объекта, как энергия, который упоминается 13 раз в ст. 539–548 ГК РФ; в предпринимательском праве — энергетические рынки; в природоресурсном праве[245] или праве недро-

[244] *Яковлев В.Ф.* Гражданское право: история и современность. Избранные труды. Т. 2: Кн. 1. М.: Статут, 2012. С. 548 // СПС «КонсультантПлюс»; *Яковлев В.Ф., Лахно П.Г.* Энергетическое право как комплексная отрасль права России. В кн: Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование / Ред. русского издания П.Г. Лахно. М., 2011. С. 37–87; *Франц Юрген Зеккер.* Энергетическое право как комплексная отрасль права Германии. Там же. С. 88–106. Эта же работа под ред. проф. Ф.Ю. Зеккера была издана на немецком языке издательством «Beck» в Мюнхене в 2010 г. — Säcker. Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht. 2010. XXXV, 877 S. In Leinen C.H. Beck. München; Конституционные основы энергетического права: учебное пособие / под ред. Комаровой В.В. М., 2011.

[245] См.: *Салиева Р.Н., Салиев И.Р., Фаткудинов З.М.* Право природопользования и энергетика. Казань. 2016; *Мельгунов В.Д.* Теоретические основы горного права России. М., 2015; *Манин Я.В.* Природоресурсное право зарубежных стран: Норвегия, Иран, Вьетнам: Учебное пособие. М., 2019.

пользования (в России до 1917 г. это было горное право, которое подразделялось на горно-земельное и горнозаводское) — правовое регулирование недропользования; в конституционном праве — федеральные энергетические системы (п. «и» ст. 71 Конституции РФ и целый ряд др.).

Мне представляется заслуживающей внимания и уважения позиция, которую на той же конференции, посвященной памяти С.Н. Братуся, высказал д. ю. н., профессор Н.И. Михайлов: «Проблематика, ради которой мы собрались, это действительно локомотив всего живого в нашем мире. Мы надеемся, что ***предпринимательское право уже много вложило интеллектуально и организационно в то, чтобы энергетическое право состоялось как соответствующая отрасль, научное и учебное направление.***

Давайте мы договоримся с вами, чтобы не было такого водораздела между предпринимательским правом и энергетическим. Все-таки ***предпринимательское право — это те истоки, та научная база, на которой объективно зиждется право энергетическое***»[246]. На мой взгляд, лучше не скажешь.

По моему глубокому убеждению, энергетическое право представляет собой «энергетический срез» основных традиционных отраслей права. Поэтому мы и называем его комплексной отраслью. Для указания именно на этот признак к существительному «отрасль» мы добавляем прилагательное — «комплексная». Энергетическое право не может быть подотраслью только предпринимательского права, положения которого, несомненно, в него включаются, но и содержит положения, посвященные энергетике, из других отраслей права.

Сходную мысль, но с точки зрения первоначального анализа системы регулируемых общественных отношений, то есть базиса, а не надстройки — анализа правовых конструкций и их соотношения, в том числе предмета и метода правового регулирования, которые анализируются вслед за системой общественных отношений, высказал В.А. Вайпан в выдвинутой им теории «правового калейдоскопа». По мнению автора, «...теория “правового

[246] См.: Энергетическое право. 2015. № 2(25); Указ. конференция. С. 6.

калейдоскопа” показывает, что в объективной реальности существуют не заранее сформированные совокупности норм, отрасли права разных уровней, а отдельные, разрозненные обязательные правила поведения, которые формируют многочисленные отрасли права одного уровня в зависимости от того, на какую группу отношений они сфокусированы (сравни: «сфера правового регулирования» по проф. И.С. Шиткиной — *П.Л.*). Это означает, что фактический правопорядок носит смешанный характер». И далее: «Поэтому может быть и различное количество отдельных отраслей права, сочетающих в себе однородные или разнородные нормы (гражданское, предпринимательское, торговое, корпоративное, банковское, транспортное, энергетическое, морское, информационное, телекоммуникационное и т. д.). И все эти отрасли (совокупности норм) права, по сути, носят самостоятельный характер, поскольку регулируют определенную самостоятельную группу общественных отношений, неидентичную иным группам отношений, хотя и состоящую из тех же первичных поведенческих элементов (“кирпичи” одинаковые, а “здания” разные). Все “правовые узоры” (базовые, специальные и комплексные отрасли права) формируются из одних и тех же первичных элементов (норм права) с помощью “правового калейдоскопа”».

Согласно названной теории «...одни и те же нормы могут одномоментно входить в различные отрасли (совокупности) норм, например, быть нормой гражданского и предпринимательского права, гражданского и транспортного права, предпринимательского и корпоративного, предпринимательского и земельного права и т. д.»[247]

Наглядным примером сказанного может служить разработанная кафедрой и утвержденная Советом юридического факультета МГУ в апреле 2016 г. Магистерская программа «Энергетическое право». Содержание программы — более двадцати научно-учебных дисциплин, в основном (более 75 %) по профилям кафедр предпринимательского права и экологического и земельного

[247] *Вайпан В.* Теория «правового калейдоскопа»: отражение социально справедливых экономических отношений в предпринимательском праве // Право и экономика. 2018. № 10. С. 5, 7 и след.

права. Кроме того, предусмотрено чтение лекций преподавателями кафедр истории государства и права (кандидат юридических наук, доцент Г.М. Давидян), конституционного и муниципального права (доктор юридических наук, профессор Н.С. Тимофеев, кандидат юридических наук, доцент Т.К. Ковалева), уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора (кандидат юридических наук, доцент Н.В. Ильютченко), уголовного права (кандидат юридических наук, доцент Н.Н. Белокобыльский), а также топ-менеджерами ведущих компаний топливно-энергетического комплекса России, вице-президентом, главным юридическим советником ПАО «ЛУКОЙЛ», к. ю. н. И.А. Масляевым, руководителем направления правовой работы ПАО «Россети», к. ю. н. Л.Ю. Акимовым, статс-секретарем, заместителем министра энергетики РФ, выпускницей нашего факультета А.Б. Бондаренко и др.

В этом же русле, но с учетом своего профиля, разработаны и реализуются магистерские программы по направлению «Юриспруденция» — «Правовое обеспечение энергетического сотрудничества и освоения нефтегазовых ресурсов Арктики» Международным институтом энергетической политики и дипломатии (МИЭП) МГИМО (У) МИД РФ; «Правовое обеспечение нефтегазового бизнеса» Российским государственным университетом нефти и газа имени И.М. Губкина — национальным исследовательским университетом.

Можно привести много примеров о достижениях нашей кафедры под руководством д. ю. н., профессора, Заслуженного юриста РФ, члена Ученого совета университета, Заслуженного профессора МГУ имени М.В. Ломоносова Е.П. Губина на протяжении без малого двух десятков лет. Я упомяну об одном из них, который, на мой взгляд, характеризует принципиальную позицию и патриотизм Евгения Парфирьевича своей научной специальности — на сегодняшний день это 12.00.03. «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право».

Все мы хорошо знаем, что в последние годы было немало дискуссий, конференций, круглых столов, заседаний Экспертного

совета ВАК по юридическим дисциплинам о внесении изменений и дополнений в Номенклатуру научных специальностей, по которым защищаются диссертации. На одном из этапов этих обсуждений были очень сильны позиции сторонников об исключении из шифра 12.00.03 научной специальности «предпринимательское право», впрочем, как и о невключении в Номенклатуру новых научных специальностей, таких как корпоративное право, энергетическое право, а в последние годы и конкурентное право. Тем не менее данная позиция не прошла, и в этом, насколько я знаю, решающая роль принадлежит Евгению Парфирьевичу Губину. Другое дело, что нам так и не удалось добиться закрепления в научной номенклатуре своего понимания и содержания нашей специальности — предпринимательское право, корпоративное право, теперь и конкурентное право, энергетическое право, о чем Евгений Парфирьевич писал в 2014 г.: «...Хочется верить, что рано или поздно появится еще одна новая научная специальность — предпринимательское право»[248].

Касаясь развития и трансформации системы права России, я думаю, что мы понимаем ту объективную закономерность, согласно которой наука развивается по двум направлениям — по направлению обобщения, генерализации, полученных научных знаний и их конкретизации, дифференциации, что применительно к праву происходит путем выделения новых сфер правового регулирования, отдельные из которых утверждаются в качестве научных специальностей. Применительно к сфере наших научных интересов — это корпоративное право (в номенклатуре с 2012 г.), конкурентное право (в номенклатуре с 2018 г.), энергетическое право (в номенклатуре с 2012 г.). Нравится нам это или нет, точнее, совпадает ли это с нашими научными взглядами или не совсем, это дело каждого ученого. Как мне представляется, мы как юристы должны следовать приказам нашего отраслевого министерства, должны быть правопослушными юристами. С другой стороны, всем известна совершенно правильная, на наш взгляд, позиция

[248] *Губин Е.П.* Предмет предпринимательского права: современный взгляд // Предпринимательское право. 2014. № 2. С. 12.

профессора М.М. Агаркова, который допускал возможность критики положений действующего законодательства со стороны ученых. Мы можем дискутировать по поводу истоков, содержания, формирования и развития той либо иной новой научной специальности или не признавать ее совсем, но на сегодняшний день совершенно очевидно, что на законодательном уровне право на занятие предпринимательской деятельностью, вслед за Конституцией РФ, закреплено в ГК РФ, где дается более развернутое его содержание; о конкуренции, об энергоснабжении речь также идет в ГК РФ. Кроме того, приняты основополагающие нормативные акты на уровне закона о защите конкуренции, об электроэнергетике, о газоснабжении, об энергосбережении и повышении энергетической эффективности и др.

В связи с этим важным методологическим положением, на мой взгляд, следует признать то, что названные новые научные специальности, по крайней мере, на сегодняшний день, главным своим истоком имеют гражданское законодательство. Хотят этого или нет «традиционные» цивилисты, да и ученые, отстаивающие позиции новых научных специальностей, но гражданское право — это та материя, из которой они (новые научные специальности) «выросли». Ярким подтверждением этому является и то, что наша кафедра предпринимательского права «выросла» из кафедры гражданского права.

Полагаю, что все согласны с тем, что цивилисты не могут не заниматься теми вопросами, которые закреплены в ГК РФ. А в нем, как известно, присутствуют и отношения, связанные с правовым регулированием предпринимательской деятельности, и корпоративные отношения, и энергоснабжение, и др. Другое дело, что в ГК РФ закреплена только одна сторона названных отношений, а другая — это то новое, «интеграция достоинств и ценностей» традиционных отраслей права, и то специфическое, что ни к одной отрасли не относится, о чем писали еще в 1983 г. С.С. Алексеев и В.Ф. Яковлев[249]. И этим как раз и занимаются научные специаль-

[249] См.: *Алексеев С.С., Яковлев В.Ф.* Механизм социалистического хозяйства и гражданское право // Правоведение. 1983. № 2.

ности, входящие в шифр 12.00.07 — корпоративное право; конкурентное право; энергетическое право, согласно паспорту специальности, размещенному на сайте ВАК[250]. Кроме того, Приказом Минтруда России от 9 октября 2018 г. № 625н «Об утверждении профессионального стандарта «Специалист по конкурентному праву», зарегистрированному в Минюсте России 31 октября 2018 г. № 52581, утвержден профессиональный стандарт «специалист по конкурентному праву»[251]. Данный стандарт был утвержден в целях реализации подп. «г» п. 8 Указа Президента Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции». По корпоративному праву и энергетическому праву подобных стандартов нами не обнаружено.

Юриспруденция как способ производства и реализации научных знаний в сфере права, как юридическая наука тоже подвержена этим тенденциям[252]. Наглядным примером чего и является появление новых научных специальностей. В этой связи нельзя не отметить значительную роль Евгения Парфирьевича в инициировании, организации и проведении юридическим сообществом России немалого количества научных и практических конференций по различным проблемам права и, прежде всего, правового регулирования экономики, предпринимательства, методики преподавания юридических дисциплин этого профиля[253]. Например, конференция по корпоративному праву 14 февраля 2018 г. в Торгово-промышленной палате РФ; 29 марта 2018 г. — по правовому регулированию несостоятельности (банкротства), по конкурентному праву, по правовому регулированию цифровой экономики в рамках Московской юридической недели.

Заметными событиями в юридическом сообществе являлись международные научно-практические конференции «Энергетика

[250] URL: http://vak.ed.gov.ru/316

[251] СПС «КонсультантПлюс».

[252] См.: *Гаджиев Г.А.* Юридическая картина мира. СПб.: СПб ГУП, 2016. Вып. 177.

[253] См.: *Губин Е.П.* Наука предпринимательского права и правовое регулирование бизнеса // Право и бизнес. Сборник. М.: Юрист, 2012. С. 5–8.

и право», проводимые совместно с нашими германскими коллегами из Свободного университета Берлина, эти конференции проходили поочередно в России (МГУ имени М.В. Ломоносова) и в Германии (Свободный университет Берлина, Технический университет Берлина, Гамбургский университет).

Важную роль в консолидации юридического сообщества, занимающегося правовыми проблемами регулирования экономики, во всем обширном значении этого слова, играет журнал «Предпринимательское право», учредителем которого является Российская академия юридических наук, а одним из главных редакторов, совместно с И.В. Ершовой и В.Ф. Попондопуло, — Е.П. Губин. В этом же направлении работает Научно-методический совет по предпринимательскому праву учебно-методического объединения (УМО) по юридическим дисциплинам, сопредседателем которого, вместе с И.В. Ершовой, является Е.П. Губин.

Применительно к вопросам совершенствования законодательства и вклада научной и педагогической общественности в это важное дело актуально звучат высказывания Евгения Парфирьевича: «Сегодня значительную роль в совершенствовании законодательства в сфере предпринимательской деятельности играют представители судебной системы. Представители науки предпринимательского права не играют существенной роли в процессе законотворческой деятельности. Их голоса слабо слышны в законодательном процессе. И вряд ли мы должны кого-то винить в этом. Следует решительно объединять силы всех, кто заинтересован в создании законодательства, направленного на создание действительно комфортного климата для бизнеса, с учетом российской и зарубежной практики»[254]. Определенным восполнением данного пробела является участие Е.П. Губина и других представителей юридической науки, в том числе преподавателей нашей кафедры, в работе Научно-консультативного совета Верховного Суда Российской Федерации.

В этой связи важным направлением деятельности Евгения Парфирьевича Губина, равно как и других членов кафедры —

[254] Там же. С. 6.

Карелиной Светланы Александровны, Лахно Петра Гордеевича, — является участие в качестве арбитров в работе Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ, а также в отделе по рассмотрению споров в атомной отрасли в Арбитражном центре при Институте современного арбитража, в котором в качестве арбитров утверждены Шиткина Ирина Сергеевна и Молотников Александр Евгеньевич. Названные структуры хотя и не входят в судебную систему Российской Федерации, но предоставляют возможность участвовать в судебной практике в рамках третейского разбирательства.

Оценивая достижения кафедры предпринимательского права, которые достигнуты под его руководством, Евгений Парфирьевич не без гордости отмечает: «Сегодня можно смело сказать, что кафедра предпринимательского права МГУ — одна из ведущих на юридическом факультете. Все основные направления научных исследований в сфере регулирования предпринимательской деятельности являются предметом внимания ученых кафедры. Научные достижения членов кафедры находят реализацию в учебном процессе: в лекциях, практических занятиях, спецкурсах и спецсеминарах, магистерских программах»[255].

Можно с удовлетворением констатировать повышенное внимание кафедры в последнее время к правовым проблемам цифровизации экономики, правового обеспечения и разработки методологии правового регулирования отношений в цифровой сфере. При этом мы прекрасно понимаем, что устойчивое формирование и дальнейшее развитие цифрового сегмента экономики страны невозможно без использования энергии, без обеспечения энергетической безопасности. Без энергии цифровая экономика не может существовать[256]. Выдающийся деятель германского и европейского энергетического права, д. ю. н., профессор Франц Юрген Зеккер об этом сказал: «Твердый диск компьютера стал мозгом и сердцем человека в XXI веке. Однако твердый диск без электро-

[255] Там же. С. 7.

[256] См.: Право и цифровая экономика. Международный научно-практический журнал. 2018. № 1(01), № 2(02).

энергии ненамного ценнее, чем сердце, переставшее биться»[257].

Важным событием в научной жизни кафедры является выход на защиту докторских диссертаций следующего поколения сотрудников кафедры: к. ю. н., доцента А.В. Белицкой, к. ю. н., доцента В.А. Вайпана, а в перспективе — к. ю. н., доцента С.А. Паращука, к. ю. н., доцента Е.Б. Лаутс и других молодых преподавателей.

Кафедра предпринимательского права юридического факультета МГУ, ее сотрудники находятся в тесном научном и творческом контакте с родственными кафедрами и коллегами ведущих юридических вузов страны: МГЮА (Университет имени акад. О.Е. Кутафина), Международный институт энергетической политики и дипломатии МГИМО (У) МИД РФ, Санкт-Петербургский государственный университет, Уральский государственный юридический университет, Высшая школа экономики, Российский государственный университет нефти и газа имени И.М. Губкина, Казанский (Приволжский) государственный университет, Байкальский государственный университет, Дальневосточный государственный федеральный университет, Кубанский государственный университет и Кубанский государственный аграрный университет и др.

Знают о наших достижениях на юридических факультетах университетов Буэнос-Айреса и Рио-де-Жанейро, Гарвардского и Йельского, Колумбийского и Джорджтаунского, других университетов США в Калифорнии (Лос-Анджелесе и Сан-Франциско), в Техасе (Хьюстон, Остин) и Оклахоме (Тулса), в Центре энергетики и природных ресурсов университета Калгари, на юридических факультетах университетов Торонто, Монреаля и Оттавы (Канада), университетов Китая, Японии, столичных университетов практически всех европейских стран.

Накануне своего 30-летия кафедре есть чем гордиться, и мы с уверенностью смотрим в будущее. Правовое обеспечение современных вызовов в сфере экономики, обеспечение национальной и международной энергетической безопасности — мис-

[257] *Зеккер Ф.Ю.* Общие правовые условия и экономико-политическая основа регулирования рынка газа и электроэнергии в Европейском союзе. В кн.: Энергетика и право / под ред. П.Г. Лахно. Вып. 2. М., 2009. С. 17.

сия, предназначенная предпринимательскому, корпоративному, конкурентному, энергетическому праву и другим направлениям, которые реализует кафедра предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

Библиография:

1. *Андреев В.К.* О дальнейшем развитии энергетического права как науки и как учебной дисциплины // Сборник материалов международной научно-практической конференции «Правовое регулирование в сфере электроэнергетики и теплоснабжения». М., 2013.
2. *Блажеев В.В.* О формировании энергетического права как составной части высшего юридического образования // Сборник материалов международной научно-практической конференции «Правовое регулирование в сфере электроэнергетики и теплоснабжения». М., 2013.
3. *Вайпан В.* Теория «правового калейдоскопа»: отражение социально справедливых экономических отношений в предпринимательском праве // Право и экономика. 2018. № 10.
4. *Губин Е.П.* Государственное регулирование отношений в сфере нефтегазового комплекса России: правовые вопросы / В кн.: Энергетика и право. Под ред. Лахно П.Г. М., 2008.
5. *Губин Е.П., Лахно П.Г., Дедов Д.И., Карелина С.А., Паращук С.А.* Наука и преподавание хозяйственного и предпринимательского права в Московском государственном университете им. М.В. Ломоносова. / Предпринимательское право в рыночной экономике. Посвящена 250-летию Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова и 15-летию кафедры предпринимательского права юридического факультета / Отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Новая правовая культура. 2004.
6. *Губин Е.П.* Человек, смотрящий в будущее // PREDPRIM. Июнь 2011. № 14.

7. *Клеандров М.И.* Энергетика и право: что улучшать на базе научных исследований? // Энергетика и право / под ред. П.Г. Лахно. М., 2008. С. 42–47.
8. *Клеандров М.И.* Об организации преподавания в юридических вузах России правовых дисциплин вообще и энергетического права, в частности // Энергетика и право / под ред. П.Г. Лахно. М., 2008.
9. *Лахно П.Г.* С благодарностью за опыт и знания. К 80-летию со дня рождения д. ю. н., профессора А.Г. Быкова // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 10–17.
10. *Лисицын-Светланов А.Г.* Энергетическое право: задачи дальнейшего развития отрасли // Сборник материалов международной научно-практической конференции «Правовое регулирование в сфере электроэнергетики и теплоснабжения». М., 2013.

2.4. Правовое регулирование экономической деятельности: от права хозяйственного к предпринимательскому

Аннотация. Автор анализирует идеи профессора Е.П. Губина, которые носят исключительно практический, судьбоносный для развития науки предпринимательского права характер. Благодаря последовательной и сплоченной работе кафедры сформировались такие направления, как корпоративное право, конкурентное право, правовое регулирование несостоятельности (банкротства).
Ключевые слова: предпринимательское право, хозяйственное право, научные школы, магистерские программы.

Annotation. The author analyzes the ideas of Professor E.P. Gubin, which are exclusively practical and crucial for the development of the science of business law. Thanks to the consistent and cohesive work of the Department formed areas such as Corporate law, Competition law, The legal regulation of insolvency (bankruptcy).
Keywords: business law, economic law, scientific schools, master's programs.

Кто ясно мыслит, тот ясно излагает.
Никола Буало

Отечественная правовая доктрина в области предпринимательского, ранее именуемого хозяйственным, права отражается в трудах правоведов. Увеличение объема публикаций в юридической литературе свидетельствует об убедительном росте интереса к проблеме правовой регламентации российского предпринимательства на современном этапе экономических преобразований, развития гражданского общества и политической ситуации в стране. Ученые-хозяйственники доказали, что концептуальные основы регулирования рынка должны основываться на базе конвергенции частных и публичных начал, что

впоследствии было признано сторонниками цивилистических идей и нашло свое отражение в Концепции развития гражданского законодательства (2009 г.).

Особую роль правовая регламентация российского предпринимательства приобрела в последние годы, в период осложнения хозяйствования в условиях санкционных режимов, незаконно вводимых в отношении нашей страны. В первую очередь особые условия хозяйствования обусловили необходимость оперативного вмешательства в хозяйственную деятельность российских предприятий. Кроме того, появилась необходимость корректировки взаимоотношений хозяйствующих субъектов с финансовыми институтами. Оперативное реагирование на резко меняющиеся условия хозяйствования возможно только при наличии в стране развитой системы правовой регламентации российского предпринимательства.

За всеми идеями стоят конкретные люди — ученые, постоянно формулирующие и генерирующие конструктивные идеи, способные и доказывающие свое «право на жизнь». Так, академик РАН Ю.К. Толстой, внесший большой вклад в развитие теории права, раскрывая сущность юридического лица, выдвинул «теорию директора»[258], подтверждая тем самым, что воплощению в жизнь многих явлений способствует труд определенного человека.

Заслуживает внимания возросший интерес к научным школам, без которых трудно говорить о сложившихся традициях на юридических факультетах в университетах.

В 80-е годы прошлого столетия в МГУ имени М.В. Ломоносова образовалась кафедра хозяйственного права и правового регулирования внешнеэкономической деятельности. Вместе с тем сам курс хозяйственного права и производные от него дисциплины (курс экономики промышленности, экономики сельского хозяйства и др.) начали преподавать в университете еще в 20-х годах XIX века.

[258] *Толстой Ю.К.* К разработке теории юридического лица на современном этапе. М.: Городец, 2000.

С момента образования как самостоятельного научно-учебного подразделения кафедру хозяйственного права и правового регулирования внешнеэкономической деятельности университета возглавил выдающийся ученый-хозяйственник профессор Анатолий Григорьевич Быков. Будучи выпускником МГУ, членом Комитета конституционного надзора СССР А.Г. Быков достойно продолжил историю юридического факультета, создав научную школу — систему научных взглядов, разделяемых научными соратниками и последователями.

В настоящее весьма непростое время кафедру возглавляет талантливый ученый профессор Евгений Парфирьевич Губин, который олицетворяет выдающуюся школу «хозяйственного права» МГУ с ее традициями и новаторским подходом, способным оперативно, но вместе с тем сдержанно, дать правовую оценку любым юридическим вызовам современности.

«Все дороги ведут в МГУ...»

Сформировав сплоченный коллектив кафедры, Евгений Парфирьевич обеспечил университет специалистами и учеными по всем ключевым подотраслям и институтам предпринимательского права. В настоящее время кафедра насчитывает четырех докторов юридических наук (Е.П. Губин, И.С. Шиткина, С.А. Карелина и Ю.С. Харитонова). Доцентами кафедры являются Е.Г. Афанасьева, А.В. Белицкая, В.А. Вайпан, К.В. Кичик, Е.Б. Лаутс, П.Г. Лахно, А.Е. Молотников и С.А. Паращук, научные достижения каждого из которых заслуживают отдельного внимания, что, несомненно, будет предметом отдельной статьи.

Флагманскими курсами кафедры стали «Корпоративное право» и «Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)». Поражает глубина исследования и преподавания курсов «Конкурентное право», «Банковское право» и многих других.

Проводимые кафедрой круглые столы и научно-практические конференции с участием сотрудников кафедры предпринимательского права университета позволяют сформулировать перспективный взгляд на многие проблемы отечественного правоведения. Выводы и предложения сотрудников кафедры постоянно используются в законотворческой деятельности РФ.

Научный путь руководителя кафедры Евгения Парфирьевича Губина свидетельствует о его последовательности и приверженности правоте идеи хозяйственного (предпринимательского) права. Коллектив кафедры, как справедливо отметил Е.П. Губин, может по праву обозначаться «проповедниками» хозяйственного права 60—70-х годов прошлого века[259]. На деле доказано, что кафедра предпринимательского права МГУ последовательно продолжает добрые традиции родоначальников хозяйственно-правовой мысли России (третьей школы хозяйственного права), среди которых В.В. Лаптев, В.К. Мамутов, В.С. Мартемьянов и А.Г. Быков[260].

Важнейшей составляющей концепции третьей школы хозяйственного права выступила идея единства публичного и частного начал в регулировании предпринимательских отношений в условиях рыночной экономики. В своей статье «Государство и бизнес в условиях правовых реформ»[261] Евгений Парфирьевич поднимает актуальный вопрос о потребности формирования единой правовой политики в сфере предпринимательства и государственного воздействия на бизнес. В рамках анализа данной проблематики встает вопрос о необходимости разработки кодифицированного акта — федерального закона, регламентирующего отношения государства и бизнеса. При этом Гражданскому кодексу РФ по-прежнему отводится роль комплексного акта, содержащего частные и публичные нормы права. Вместе с тем Гражданский кодекс РФ отграничивается от гражданского права, традиционно выступающего частным правом, не охватывающим регулирование публичных отношений.

Правовая доктрина в сфере предпринимательства обязывает анализировать политику государства в данной сфере. В работе

[259] Жизнь, посвященная науке. Памяти акад. В.В. Лаптева / отв. ред. М.И. Клеандров, А.Г. Лисицын-Светланов, Н.И. Михайлов, Ю.К. Толстой. М., 2013. С. 149.

[260] *Губин Е.П.* К вопросу о научно-педагогических школах, учебниках и преподавании предпринимательского права в вузах России // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2016. № 11. С. 20–29.

[261] *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1(217). С. 23–30.

«Правовая политика в сфере рыночной экономики: теория и практика» Е.П. Губин небеспочвенно утверждает об упущении в правовой доктрине жизненных реалий, что превращает ее в «бумажную архитектуру», существующую в отрыве от фактических положений дел. В целях реализации правовой политики в сфере рыночной экономики исследуются следующие составляющие реализации данного процесса: организационная, финансовая, научная, кадровая, информационная и контрольная[262].

Важным вкладом Е.П. Губина в развитие предпринимательского права на постсоветском пространстве стала его работа в составе коллектива авторов Предпринимательского кодекса Республики Казахстан как акта публичного правового регулирования. В результате в Казахстане было кодифицировано бессистемное предпринимательское законодательство, состоящее из множества не согласующихся между собой нормативных актов[263].

Идеи науки предпринимательского права вынужденно были заимствованы при формировании Концепции развития гражданского законодательства. Е.П. Губин в статье «Модернизация российской экономики и совершенствования гражданского законодательства» справедливо подчеркнул, что продекларированная изначально частноправовая концепция развития законодательства, в том числе и Гражданского кодекса РФ, органично перешла в развитие публично-правовой составляющей российского законодательства[264]. Недостатки рыночной системы экономики, особенно в условиях экономических кризисов, можно исправить исключительно механизмами государствен-

[262] *Губин Е.П.* Правовая политика в сфере рыночной экономики: теория и практика // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2012. № 6. С. 23–36.

[263] *Губин Е.П.* Проект Предпринимательского кодекса Республики Казахстан // Сборник «Проект Предпринимательского кодекса Республики Казахстан». Институт законодательства Республики Казахстан Астана. 2014. С. 10–18.

[264] *Губин Е.П.* Модернизация российской экономики и совершенствования гражданского законодательства // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия История и право. 2011. № 2. С. 31–37.

ного регулирования поведения бизнес-сообщества. При этом предлагается учитывать позитивный опыт зарубежных стран, в том числе использование конструкции публично-частного партнерства, позволяющего реализовывать бизнес-проекты любой сложности и масштабов.

Эра цифровизации мировой экономики потребовала изучения правовых аспектов внедрения цифровых технологий в процессе осуществления предпринимательской деятельности. Российским фондом фундаментальных исследований поддержано междисциплинарное исследование, проводимое под руководством Е.П. Губина, на тему «Правовое регулирование отношений, связанных с использованием цифровых технологий в России и Китае: сравнительно-правовой анализ». Актуальность выбранной проблематики данного исследования подтверждается также концепцией Нового шелкового пути в сотрудничестве России, Китая и Казахстана. Строительство трансконтинентальной автомагистрали «Западная Европа — Западный Китай» в рамках данной концепции способно обеспечить торговое взаимодействие качественно нового уровня. Разработка правовых механизмов обеспечения торговой деятельности и логистики становится одной из приоритетных задач и для российского правоведения.

Провозглашенный конституционный принцип свободы экономической деятельности в последнее десятилетие претерпел существенные качественные изменения. Свободу недопустимо отождествлять со вседозволенностью. В работе «Правовое сопровождение свободы экономической деятельности»[265] Е.П. Губин разделяет взвешенный и осмотрительный подход при использовании на практике данного принципа. Обращается внимание на то, что государство прежде всего должно обеспе-

[265] *Губин Е.П.* Правовое сопровождение свободы экономической деятельности. Тезисы выступления на IV Ежегодной международной научно-практической конференции «Право и бизнес: конвергенция частного и публичного права в регулировании предпринимательской деятельности», посвященной памяти Заслуженного юриста РФ, д. ю. н., профессора Коршунова Н.М. М., 4 июня 2015 г. // Сборник трудов конференции. 2015. С. 21–33.

чить благоприятный режим для реализации принципа свободы экономической деятельности, в условиях которого будет обеспечена защита прав субъектов рыночной экономики.

Учебная литература кафедры предпринимательского права обновляется с учетом запросов времени, при этом сохраняются традиции прошлых лет. Так, поставленная в предисловии учебника «Предпринимательское право Российской Федерации»[266] задача определила следующие цели исследования: показать, каким образом регулируются конкретные рыночные отношения, определить принципы, основы правового регулирования рыночных отношений, которые не подвержены постоянным изменениям, а также показать различные научные взгляды на те или иные спорные вопросы теории. Вышеупомянутые положения блестяще отражены в учебнике, при этом, как и во многих работах кафедры, сохранен практико-ориентированный подход при раскрытии соответствующей проблематики.

На базе 15-летнего опыта преподавания дисциплины «Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)» на кафедре предпринимательского права МГУ внедрена одноименная магистерская программа. Достоинством программы является интегрирование в данный курс смежных вопросов, включающих особенности налогообложения в данной сфере, судопроизводства по данной категории дел, правовое регулирование трудовых отношений, оценочной деятельности, проблем трансграничной несостоятельности и т. д.[267]

На протяжении последних двух десятилетий на кафедре Университета преподается курс «Корпоративное право». Под руководством Е.П. Губина и И.С. Шиткиной разработано множество учебной и научной литературы. Так, одной из знаковых для отечественной юриспруденции и практикующих юристов

[266] Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник / Е.Г. Афанасьева, А.В. Белицкая, В.А. Вайпан и др.; отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, ИНФРА-М, 2017.

[267] *Губин Е.П., Карелина С.А.* Магистерская программа «Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)»: новые перспективы и возможности // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2013. № 2. С. 78–88.

стала работа «Корпоративное право: Учебный курс. В 2 т. / отв. ред. И.С. Шиткина»[268]. Без преувеличения можно отметить высокий теоретический уровень знаний всего авторского коллектива, позволивший охватить все без исключения вопросы регулирования корпоративных отношений. Достоинством работы, несомненно, выступает анализ зарубежного опыта и актуальной судебной практики.

Приведенный обзор положений отдельных научных работ и деятельности Евгения Парфирьевича составляет малую долю его творческого пути, который, несомненно, продолжается и позволяет открывать всю многогранность представления о современном предпринимательском праве.

Путь настоящего ученого — путь непрерывного, каждодневного отстаивания своих идей и приверженности своей концепции. Полагаем, что это основное правило. Можно смело и без преувеличения сказать, что все эти слова — о профессоре Евгении Парфирьевиче Губине.

Работа в МГУ имени Ломоносова и на научном поприще способствует появлению плеяды грамотных, крайне необходимых стране высококвалифицированных специалистов и ученых. Их подготовка и воспитание — нелегкий труд. Всем известно то большое внимание, которое уделяет Евгений Парфирьевич данной работе.

Все мы ждем новых достижений профессора Евгения Парфирьевича Губина и коллектива возглавляемой им кафедры предпринимательского права.

Библиография:

1. *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1 (217). С. 23–30.

[268] Корпоративное право: Учебный курс. В 2 т. / отв. ред. И.С. Шиткина. Т. 1 / Е.Г. Афанасьева, В.А. Вайпан, А.В. Габов и др. М.: Статут, 2017; Корпоративное право: Учебный курс. В 2 т. / отв. ред. И.С. Шиткина. Т. 2 / Е.Г. Афанасьева, В.А. Вайпан, Е.П. Губин и др. М.: Статут, 2018.

2. *Губин Е.П.* К вопросу о научно-педагогических школах, учебниках и преподавании предпринимательского права в вузах России // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2016. № 11. С. 20–29.
3. *Губин Е.П.* Модернизация российской экономики и совершенствования гражданского законодательства // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия История и право. 2011. № 2. С. 31–37.
4. *Губин Е.П.* Правовая политика в сфере рыночной экономики: теория и практика // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2012. № 6. С. 23–36.
5. *Губин Е.П.* Правовое сопровождение свободы экономической деятельности. Тезисы выступления на IV Ежегодной международной научно-практической конференции «Право и бизнес: конвергенция частного и публичного права в регулировании предпринимательской деятельности», посвященной памяти Заслуженного юриста РФ, д. ю. н., профессора Коршунова Н.М. М., 4 июня 2015 г. // Сборник трудов конференции. 2015. С. 21–33.
6. *Губин Е.П.* Проект Предпринимательского кодекса Республики Казахстан // Сборник «Проект Предпринимательского кодекса Республики Казахстан». Институт законодательства Республики Казахстан. Астана. 2014. С. 10–18.
7. *Губин Е.П., Карелина С.А.* Магистерская программа «Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)»: новые перспективы и возможности // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2013. № 2. С. 78–88.
8. Жизнь, посвященная науке. Памяти акад. В.В. Лаптева / отв. ред. М.И. Клеандров, А.Г. Лисицын-Светланов, Н.И. Михайлов, Ю.К. Толстой. М., 2013.
9. Корпоративное право: Учебный курс. В 2 т. / отв. ред. И.С. Шиткина. Т. 2 / Е.Г. Афанасьева, В.А. Вайпан, Е.П. Губин и др. М.: Статут, 2018.
10. Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник / Е.Г. Афанасьева, А.В. Белицкая, В.А. Вайпан и др.; отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, ИНФРА-М, 2017.

2.5. Развитие идей Е.П. Губина о государственном регулировании предпринимательства в ракурсе социальной справедливости

Аннотация. Статья посвящена обобщению некоторых идей Е.П. Губина по поводу правового регулирования предпринимательства, а также развитию этих идей последователями. Особое внимание уделено правовым принципам рыночной экономики, социально справедливым пределам ее государственного регулирования, принципу ограниченного вмешательства государства в хозяйственную деятельность субъектов.
Ключевые слова: предпринимательство, принципы права, справедливость, рыночная экономика.

Annotation. The article is devoted to the generalization of some ideas of E.P. Gubin about the legal regulation of entrepreneurship, as well as the development of these ideas by followers. Particular attention is paid to the legal principles of the market economy, socially fair limits of its state regulation, the principle of limited state intervention in the economic activities of the subjects.
Keywords: entrepreneurship, principles of law, justice, market economy.

Исследуя тему реализации принципа социальной справедливости в правовом регулировании предпринимательской деятельности, я обнаружил в работах Е.П. Губина ряд глубоких идей, связанных с соотношением государственного регулирования рыночной экономики, предпринимательства и принципа социальной справедливости.

В ряде работ Е.П. Губина исследуются ***правовые принципы рыночной экономики, социально справедливые пределы ее государственного регулирования***.

Прежде всего обращается внимание на отличие правовых принципов от принципов права. Среди последних выделяется «принцип справедливости, выраженный в равном юридическом масштабе поведения и в строгой соразмерности юридической

ответственности допущенному правонарушению»[269]. Такое понимание принципа справедливости ближе к идее равенства, соразмерности в праве, пронизывающей многие работы юристов. Оно служит основой для общетеоретических подходов к нормативному анализу права. С этих позиций реализация принципа социальной справедливости означает обеспечение равенства правовых возможностей, которое должно пронизывать всю систему общеобязательных, формально-определенных юридических норм.

В то же время для теории предпринимательского права важен результат закрепления принципов рыночной экономики в правовых нормах, что обеспечивает социально справедливый характер предпринимательских правоотношений. Отражаясь в праве, экономические принципы трансформируются в правовые принципы рыночной экономики, приобретают юридическую форму и затем реализуются в предпринимательских правоотношениях. В сфере правового регулирования предпринимательской деятельности они выражаются в принципах предпринимательского права, которые всесторонне исследовались в работах Е.П. Губина.

Например, рыночный ***принцип свободы экономической деятельности*** в сфере предпринимательского права выражается в принципе свободы предпринимательской деятельности. Его экономическая сущность заключается в том, что любой хозяйствующий субъект свободен в использовании своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Акцент здесь делается именно на том, что лицо вправе действовать, прежде всего, в своих собственных интересах, реализуя свои собственные цели. Исходя из этого приоритета и глубинной сущности принципа свободы экономической деятельности, предназначение государства и права, по мнению Е.П. Губина, «заключается не в ограничении свободы, а в создании условий, способству-

[269] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: Юристъ, 2006. С. 51–52.

ющих ее реализации, что в сфере экономики означает создание условий для эффективного функционирования рыночной экономики»[270]. Иное толкование, на мой взгляд, означало бы, что субъект хозяйствования и органы власти изначально должны ориентироваться не на свободу экономической деятельности, а на ее пределы, ограничения. Любые попытки исказить вектор реализации этого принципа неминуемо ведут к снижению предпринимательской инициативы, осторожности бизнеса, торможению экономического развития, порождают социальную несправедливость в ее генетическом (содержательном) аспекте.

Такой подход расставляет приоритеты в правовом регулировании предпринимательской деятельности исходя из экономической природы исследуемого принципа и, конечно, не означает, что свобода предпринимательской деятельности не имеет границ. Она, как метко отметил Д.И. Дедов, не принадлежит к абсолютным и неотчуждаемым правам, не подлежащим ограничению[271].

Правовые пределы ограничения свободы экономической деятельности обозначены Конституционным Судом РФ: «вводимые же ограничения прав и свобод граждан, занимающихся предпринимательской деятельностью» должны быть «соразмерными конституционно значимым целям и во всяком случае не создавать препятствий их экономической самостоятельности и инициативе»[272].

Исследовался Е.П. Губиным и ***принцип ограниченного вмешательства государства в хозяйственную деятельность субъектов.***

[270] Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2017. С. 55.

[271] См.: *Дедов Д.И.* Соразмерность ограничения свободы предпринимательства. М., 2002. С. 76.

[272] Постановление Конституционного Суда РФ от 18.07.2008 № 10-П «По делу о проверке конституционности положений абзаца четырнадцатого статьи 3 и пункта 3 статьи 10 Федерального закона “О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)” в связи с жалобой гражданина В.В. Михайлова» // СПС «КонсультантПлюс».

Участие государства в регулировании предпринимательских отношений вытекает из его экономической и регулятивной (правотворческой) функций, является объективной необходимостью. Поэтому современная экономика органично сочетает государственное регулирование и рыночное саморегулирование, что является социально справедливым.

Государственное регулирование экономики представляет собой «деятельность государства в лице его органов, направленную на реализацию государственной экономической политики с использованием специальных средств, форм и методов»[273]. Масштабы и глубина государственного регулирования предпринимательских отношений зависят от уровня развития экономики, национальных особенностей и исторического периода развития общества. Роль государства повышается в периоды экономических, финансовых, социальных кризисов, стихийных бедствий, вооруженных конфликтов и т. д., требующих мобилизации экономических ресурсов общества. Особое значение государственное регулирование приобретает в целях решения крупных политических и стратегических задач, поддержки отдельных секторов или сегментов экономики.

Вместе с тем рыночная экономика предполагает ограниченное вмешательство государства в хозяйственную жизнь, поскольку рынок в целом представляет собой саморегулируемую систему. Социально справедливая роль государства в правовом регулировании современных предпринимательских отношений должна ограничиваться установлением правовых основ предпринимательской деятельности на основе рыночных принципов (с учетом необходимости выполнения экономических функций государства: стимулирования предпринимательской активности, защиты конкуренции, обеспечения макроэкономической устойчивости, занятости и социальных гарантий, выравнивания доходов, создания общественных благ, и т. п.) и обеспечением публичных интересов, нацеленных на защиту основ консти-

[273] Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2017. С. 445.

туционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов неограниченного круга лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

В этом контексте интересен и еще один ракурс — исследование ***пределов государственного регулирования рынка*** с позиций социальной справедливости. Современная рыночная экономика и предпринимательство функционируют на основе конкуренции, которая представляет собой соперничество (борьбу) между участниками рынка. Рыночная экономика и экономическая свобода лучше других социальных инструментов на нынешнем этапе развития человеческой цивилизации способны координировать и балансировать деятельность людей в сфере производства, распределения, обмена и потребления материальных благ, а также обеспечивать технический прогресс цивилизации.

Конечно, периодические кризисы рыночной экономики и неспособность государств оперативно реагировать на различные финансово-экономические «пузыри» существенно подрывают веру в «диктатуру рынка» и служат основой для усиления государственного регулирования экономической деятельности. Понимая важность достижения справедливого баланса между свободным рынком и его государственным регулированием, Е.П. Губин отмечает, что государство и бизнес «...находятся в единой системе координат и их противопоставление, разрыв могут привести лишь к краху экономической системы, с одной стороны, и дестабилизации государства — с другой»[274]. Действительно, сейчас мало кто сомневается в объективной необходимости государственного регулирования экономики[275]. Однако, продолжая эту мысль, важно добавить, что оно не должно подавлять свободу экономической деятельности, предпринимательскую инициативу, которые являются основой рыночной эко-

---

[274] *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 23.

[275] См.: *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы: монография. Репр. изд. М.: Норма; ИНФРА-М, 2017. С. 9–31.

номики. Государство не должно нарушать равновесие на рынке в сторону публичного интереса в ущерб частному, не должно заменять собой хозяйствующих субъектов и выступать в роли активного «предпринимателя», переходить на «ручное» управление экономикой. В противном случае неизбежно торможение экономического развития, появление социальной несправедливости в обществе. В обеспечении оптимального баланса публичных и частных интересов, регулирования и дозволения, императивных и диспозитивных начал в экономике и заключается ответ на вопрос о степени вмешательства государства в экономические отношения.

Анализ взаимосвязи рыночных отношений, предпринимательства и справедливости представляет не только теоретический интерес. Сопоставление данных категорий постоянно происходит в реальной жизни и нередко вызывает негативное отношение к рынку, предпринимательству, а также призывает к внесению таких изменений в правовую систему, которые противоречат принципам рыночной экономики (например, введение контроля за ценами, установление ограничений на перемещение отдельных видов товаров для защиты местных рынков, возложение на предпринимателей социальных функций государства и т. п.). Для глубинного анализа совместимости экономической природы предпринимательства с правовым принципом социальной справедливости важным является исследование категорий ***предпринимательства и предпринимательской деятельности*** в контексте предпринимательского права, чему посвящено много работ Е.П. Губина.

Е.П. Губин выделяет предпринимательство как одну из форм деятельности человека, характеризующуюся предприимчивостью, и подчеркивает, что единого (для всех наук) общепринятого определения (понятия) предпринимательства не существует. При этом предпринимательская деятельность определяется как вид экономической, хозяйственной деятельности, связанной с предпринимательским риском, новыми подходами к управлению, новаторством, использованием научных достижений, ди-

намической неопределенностью, которая всегда направлена на систематическое получение прибыли[276].

В этой связи можно добавить, что предпринимательство следует рассматривать как неотъемлемое свойство рыночной экономики, пронизывающее все ее институты, как социально справедливый институт. А поскольку предпринимательская деятельность лежит в основе рыночной экономики, которая с позиций научных взглядов характеризуется как социально справедливая для современного общества, постольку предпринимательские доходы, прибыль от бизнеса представляются социально справедливыми, хотя и воспринимаются частью общества как несправедливость. Именно предпринимательские доходы в значительной степени направляются на развитие экономических субъектов, а значит, и в целом экономики общества.

В научной доктрине выделяется понятие *предпринимательских отношений*, которые, по мнению Е.П. Губина, формируют предметное единство предпринимательского права как комплексной интегрированной отрасли российского права[277]. Эти отношения возникают в процессе осуществления предпринимательской деятельности, юридические признаки которой закреплены в ст. 2 ГК РФ. Тем самым ГК РФ придает предпринимательской деятельности юридически значимый характер, выделяя ее из иных видов экономической деятельности.

В экономической и юридической литературе обращается внимание на неоднородность предпринимательской деятельности, делаются научные попытки ее классификации. В нормативных правовых актах также можно найти ссылки на бесчисленное количество видов предпринимательской деятельности. В реальной экономической жизни виды, подвиды, разновидно-

[276] См.: Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2017. С. 18–36.

[277] См.: Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2017. С. 40; Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: монография. М.: Проспект, 2017. С. 48.

сти и т. п. предпринимательской деятельности функционируют вместе и порознь, в различных сочетаниях, представляя собой некую предпринимательскую ***мозаику отношений***, постоянно изменяющуюся и модифицирующуюся и в целом подверженную правовому регулированию.

В науке предпринимательского права все это многообразие видов предпринимательских отношений объединяется в несколько системообразующих групп. Например, Е.П. Губин и П.Г. Лахно выделяют четыре группы: (а) отношения, связанные с организацией предпринимательской деятельности; (б) отношения, связанные с самой предпринимательской деятельностью; (в) отношения по государственному регулированию предпринимательской деятельности; (г) внутрихозяйственные, внутрикорпоративные отношения[278].

Несмотря на различия в многочисленных научных точках зрения, большинство из них объединяет общий вывод о том, что предпринимательские отношения в своей основе имеют рыночную, товарно-денежную природу, а в целом носят смешанный характер, сочетают в себе частные и публичные начала. Предпринимательские отношения могут быть обособлены в рамках рыночных отношений, а поэтому могут рассматриваться как их разновидность. В силу социальной справедливости рыночных отношений в современной российской экономике следует признать таковыми и входящие в их состав предпринимательские отношения. Поэтому в экономико-правовом смысле ***социально справедливые предпринимательские отношения*** можно определить как совокупность общественных экономических отношений с участием субъектов предпринимательской деятельности по поводу ее организации и ведения, обращения товаров, работ, услуг и денег, возникающих на основе соглашения сторон, эквивалентности и конкуренции в условиях государственного регулирования предпринимательской деятельности.

[278] Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2017. С. 41–42.

Много внимания в работах Е.П. Губина уделено исследованию ***законодательства о предпринимательстве***. Законодательство о предпринимательстве (или предпринимательское законодательство) является единой взаимосвязанной комплексной системой актов, содержащей нормативные правовые положения, относящиеся к различным отраслям законодательства (гражданского, административного, земельного, финансового и т. д.). Это обусловлено необходимостью регулирования объективно существующих разнородных общественных отношений, складывающихся в определенной сфере общественной жизни — предпринимательстве. Поэтому нормативные правовые акты в сфере предпринимательства, как правило, носят комплексный характер. Е.П. Губин и П.Г. Лахно заостряют внимание на том, что «законодательство в сфере предпринимательства, экономики в принципе не может быть только частным или только публичным»[279].

Развивая этот подход, можно констатировать, что комплексный характер законодательства о предпринимательстве во многом связан и с необходимостью государства обеспечивать отражение в правовых нормах разумного и социально справедливого баланса публичных и частных интересов, а также установления законодательных ограничений предпринимательской деятельности в публичных интересах, которые воспринимались бы как справедливые.

На протяжении последних двух десятилетий задачами развития российского предпринимательского права была модернизация законодательства, создание равных юридических условий для соблюдения структурного баланса в сфере предпринимательства. В то же время результат не вполне оправдывает ожидания. Е.П. Губин отмечает, что «нужно наряду с успехами видеть и недостатки» предпринимательского законодательства: «бессистемность и отсутствие ясной и четкой структуры», «а главное — не обеспечивает прав и интересов предпринимателей,

[279] См.: Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3 изд., перераб. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2017. С. 38.

их защиту, создание благоприятного предпринимательского климата и условий для инвестиций и инновационного развития экономики, не обеспечивает права и интересы государства и потребителей, создания условий для реализации принципа свободы предпринимательской деятельности»[280].

В этих условиях многие специалисты в области предпринимательского права склоняются к необходимости принятия ***Предпринимательского (Хозяйственного) кодекса РФ***, в котором предлагается объединить нормы частного и публичного права, обеспечивающие специальное регулирование отношений в сфере предпринимательской деятельности[281].

Потребности в принятии отдельного Предпринимательского кодекса обусловлены тем, что Гражданский кодекс как акт частного права не может обеспечить в полной мере регулирование комплексных частно-публичных отношений, возникающих в сфере предпринимательства. Е.П. Губин отмечает, что гражданское законодательство не способно в силу ограниченности инструментальных возможностей адекватно обеспечивать потребности бизнеса[282].

С другой стороны, развитие экономических отношений объективно требует системного совершенствования правовых норм. За последние годы предпринимательское законодательство формировалось путем создания актов, регулирующих отдельные элементы рыночной экономики и институты рынка (банковская и страховая деятельность, рынок ценных бумаг, ин-

[280] *Губин Е.П.* Размышления о Предпринимательском кодексе: современный взгляд // В кн.: Творческое наследие академика В.В. Лаптева и современность. М.: Институт государства и права РАН, 2014. С. 64.

[281] См.: *Лаптев В.В.* Проблемы совершенствования предпринимательского законодательства // Правовое регулирование предпринимательской деятельности. М., 1995. С. 9; *Мартемьянов В.С.* Хозяйственное право: Курс лекций: В 2 т. М., 1994. Т. I. С. 1–5; *Губин Е.П.* Размышления о Предпринимательском кодексе: современный взгляд / В кн.: Творческое наследие академика В.В. Лаптева и современность. М., 2014. С. 15.

[282] См.: *Губин Е.П.* О предстоящих изменениях в части I Гражданского кодекса Российской Федерации: правовое регулирование предпринимательской деятельности // Предпринимательское право. 2012. № 4. С. 2–5.

вестиции, инновации, несостоятельность (банкротство), конкуренция и т. д.), а также различные отрасли народного хозяйства (транспорт, связь, энергетика, сельское хозяйство и т. д.). В целом оно обеспечивает надлежащую правовую основу для функционирования рыночных отношений. Однако действующее законодательство в сфере предпринимательства имеет ряд недостатков, сдерживающих предпринимательскую активность. Оно в целом *плохо структурировано, не имеет общих положений,* обеспечивающих системную связь нормативных положений в различных актах и единство правовых принципов в сфере предпринимательства, *изобилует противоречиями* и представляет собой *неоправданно огромный массив* нормативных правовых актов.

В процессе кодификации предпринимательского законодательства возможно объединить и систематизировать оправдавшие себя правовые нормы, переосмыслить и переработать их содержание применительно к новым экономическим реалиям, изложить нормативные правила внутренне согласованно, устранить противоречия между ними, ликвидировать устаревшие положения, пробелы, дублирование норм, обеспечить максимальную полноту регулирования отношений в сфере предпринимательства.

Библиография:

1. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: Юристъ, 2006. С. 51–52.
2. *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1.
3. *Губин Е.П.* О предстоящих изменениях в части I Гражданского кодекса Российской Федерации: правовое регулирование предпринимательской деятельности // Предпринимательское право. 2012. № 4. С. 2–5.
4. *Губин Е.П.* Размышления о Предпринимательском кодексе: современный взгляд // В кн.: Творческое наследие

академика В.В. Лаптева и современность. М.: Институт государства и права РАН, 2014.
5. *Дедов Д.И.* Соразмерность ограничения свободы предпринимательства. М., 2002.
6. *Лаптев В.В.* Проблемы совершенствования предпринимательского законодательства // Правовое регулирование предпринимательской деятельности. М., 1995.
7. *Мартемьянов В.С.* Хозяйственное право: Курс лекций: В 2 т. М.: 1994. Т. I.
8. Предпринимательское право Российской Федерации: учебник; отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2017.

2.6. О методологическом потенциале концепции правового регулирования государственного воздействия на рыночную экономику и предпринимательство, разработанной Е.П. Губиным, и реализации ее идей при конструировании модели правового обеспечения экологического предпринимательства[283]

Аннотация. Статья посвящена раскрытию методологического потенциала концепции правового регулирования государственного воздействия на рыночную экономику и предпринимательство, разработанной Евгением Парфирьевичем Губиным. Раскрывается научно-теоретическое значение концепции для науки предпринимательского права в целом и в частности для конструирования модели правового обеспечения экологического предпринимательства. Обосновывается вывод о том, что концепцию Е.П. Губина следует признать научной теорией, поскольку она содержит все присущие ей элементы: дефиниции, системообразующие признаки и факторы, классификации, типологии, механизмы и его элементы (формы, средства, конструкции), их связи в статике и динамике, функции, цели, задачи.
Ключевые слова: наука предпринимательского права, концепция; теория; методологический потенциал; модель экологического предпринимательства.

Annotation. The article is devoted to the disclosure of the methodological potential of the concept of legal regulation of state influence on a market economy and entrepreneurship, developed by Evgeny Porfirievich Gubin. The scientific and theoretical value of the concept for the science of business law in general, and in particular, the construction of a model of legal support for environmental entrepreneurship, is revealed. It justifies the conclusion that the concept of Yevgeny

283 Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (проект № 18-011-00792А).

Porfirievich Gubin should be recognized as a scientific theory, since it contains all its inherent elements: definitions, system-forming signs and factors, classifications, typologies, mechanisms and its elements (forms, means, structures), their connections in statics and dynamics, functions, goals, objectives.
Keywords: business law science, concept; theory; methodological potential; ecological entrepreneurship model.

В настоящее время следует со всей очевидностью признать, что научно-практическая значимость концепции правового регулирования государственного воздействия на рыночную экономику и предпринимательство[284], разработанной в 2005 г. Евгением Парфирьевичем Губиным, заключается в том, что она обладает огромным методологическим потенциалом для подавляющего большинства предпринимательско-правовых научных исследований. Среди этих исследований не является исключением и моделирование правового обеспечения экологического предпринимательства, при котором идеи вышеотмеченной концепции не только являются отправными точками, но и центральным вектором методологии конструирования, определяющим его научный аппарат.

Прежде чем приступить к анализу достоинств авторской концепции, предложенной Евгением Парфирьевичем Губиным, несомненно, усилившей позиции науки предпринимательского права, определимся, что термин «методологический потенциал» в настоящей статье будет употребляться в качестве характеристики правил применения «всех иных правил, лежащих в основе научного познания»[285], возможностей теории для выработки новых концептуальных подходов. При этом под методологическими подходами понимаются исходные позиции или отправные точки, определяющие вектор научного исследования относи-

[284] *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис. … д-ра юрид. наук. М., 2005.

[285] *Комиссарова Е.Г.* Методологический потенциал гражданско-правовой науки // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. Вып. 4(22). С. 310–315.

тельно его цели. Принимая во внимание определение методологии научного исследования как системы принципов и подходов исследовательской деятельности[286], представляется, что под методологическим потенциалом концепции правового регулирования государственного воздействия на рыночную экономику и предпринимательство вполне обоснованно понимать подходы и принципы исследовательской деятельности, нацеленные на достижение поставленной цели исследования (решения проблемы)[287], в данном конкретном случае — конструирование многоуровневой модели правового обеспечения экологического предпринимательства[288].

Известно, что несмотря на принятие на Пятнадцатом пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ (Постановление № 15-6 от 13 июня 2002 г.) Модельного закона об основах экологического предпринимательства[289], в Российской Федерации его легализация не состоялась. С учетом данного обстоятельства выбор в пользу правового моделирования, нацеленного на решение конкретной научной проблемы, сделан не случайно, поскольку его использование наиболее целесообразно в случаях отсутствия российского законодательства, регулирующего исследуемые отношения, или при необходимости глубоких, системных его изменений, принимая в качестве оригинала конструируемой модели наиболее

[286] *Челышев М.Ю., Сафин З.Ф.* О методологии цивилистических исследований // Вестник СГАП. 2011. № 6. С. 120–125.

[287] *Барков А.В.* О перспективах реализации методологического потенциала социального предпринимательства в цивилистических и полиотраслевых правовых исследованиях в экологической, энергетической и других социально значимых сферах // Методологические проблемы цивилистических исследований: Сборник научных статей. Ежегодник. Вып. 3. 2018 / отв. ред. А.В. Габов, В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2018. С. 71–94.

[288] *Барков А.В., Гришина Я.С.* Методологические подходы к теоретическому конструированию модели правового обеспечения экологического предпринимательства // Методологические проблемы цивилистических исследований: Сборник научных статей. Ежегодник. 2019 / отв. ред. О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2019. С. 116–135.

[289] Портал: Законы России. URL: https://lawrussia.ru/texts/legal_744/doc744a417x494.htm (дата обращения 13.02.2018).

эффективные зарубежные законодательные модели[290]. Учитывая, что основное содержание правового моделирования заключается в выявлении в анализируемой системе характерных признаков, свойств, динамичных и статистических связей ее элементов как потенциального предмета дальнейшего исследования, полагаем, что конструирование модели правового обеспечения российского экологического предпринимательства, будет в наибольшей степени способствовать аналогичному углубленному изучению имеющихся в реальных правовых моделях зарубежных правопорядков тенденций, перспектив и закономерностей развития. Принимая во внимание, что механизм правового обеспечения экологического предпринимательства как основа конструируемой модели представляет собой систему, наилучшему изучению которой будет способствовать модель (идеальный мысленный образ, аналог) как средство получения знаний о другой системе[291], предполагается, что моделирование правового обеспечения экологического предпринимательства на основе изучения зарубежного правоприменительного опыта при отсутствии системного российского законодательства в данной сфере является наиболее оптимальным методологическим вектором исследования.

Вместе с тем анализ концепции правового регулирования государственного воздействия на рыночную экономику и предпринимательство дает основание сформулировать обоснованный вывод о том, что наиболее ценными для конструирования модели правового обеспечения экологического предпринимательства представляются системный, концептуальный и инструментальный методологические подходы, мастерски реализованные Евгением Парфирьевичем Губиным в его фундаментальном монографическом исследовании. Данный тезис может быть подтвержден следующими аргументами.

[290] *Барков А.В.* О применении правового метода моделирования в цивилистических диссертациях // Методологические проблемы цивилистических исследований: Сборник научных статей. Ежегодник. Вып. 2. 2017 / отв. ред. А.В. Габов, В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2017. С. 39–56.

[291] *Барков А.В.* О применении правового метода моделирования в цивилистических диссертациях. С. 51–52.

Достоинство авторской концепции Е.П. Губина заключается прежде всего в том, что впервые на монографическом уровне основы правового регулирования рыночной экономики и предпринимательства, правовые формы и средства государственного регулирования, основополагающие инструменты государственного воздействия, такие как планирование, государственный сектор экономики, прямые средства государственного воздействия, были рассмотрены на основе системного подхода[292]. В частности, с учетом данного методологического подхода были сформулировано понятие государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства и раскрыты особенности правового регулирования отношений в указанной сфере; выявлена специфика взаимосвязи государства и экономики, экономики и права, отношений между экономикой, государством, политикой и правом; установлены особенности законодательства, регулирующего отношения в сфере государственного регулирования рыночной экономики; выявлено взаимодействие предпринимательства и власти; определены средства и правовые формы государственного регулирования экономики и предпринимательства; исследованы особенности правового регулирования отношений, связанных с применением таких средств государственного регулирования, как планирование, лицензирование, регистрация и других; определена роль и место государственного сектора экономики в общей системе средств государственного регулирования[293].

Применение системного подхода обусловлено тем, что правовое регулирование воздействия государства на экономику и предпринимательство характеризуется определенным правовым режимом, типом, механизмом правового регулирования, предполагающими определенный выбор правовых средств. Особая роль правовых средств, помимо того что правовое регулирование отношений по государственному воздействию на

[292] *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства. С. 8.

[293] *Губин Е.П.* Указ. соч. С. 7.

экономику и предпринимательств осуществляется посредством этих правовых средств, заключается в том, отмечает Е.П. Губин, что «сами правовые средства, представленные в виде системы, воплощаются в механизме правового регулирования, составляя его элементы»[294].

Этот вывод имеет, несомненно, методологическое значение для конструирования системного уровня модели правового обеспечения российского экологического предпринимательства, определяя впоследствии задачи исследования и его методологический аппарат. В связи с этим применение системного методологического подхода вполне обосновано, поскольку основу конструируемой модели составляет механизм правового регулирования предпринимательских отношений, складывающихся на экологическом рынке, структурно состоящий из системы элементов — правовых средств, функционально обусловленных системностью этих отношений, так как исследуемые рынки как объекты государственного правового воздействия в свою очередь также являются управляемой многоуровневой системой. В связи с этим, следуя системному подходу, предложенному Е.П. Губиным, основная проблема, которую призвано решить конструирование модели правового обеспечения российского экологического предпринимательства, — это обоснование выбора эффективного правового инструментария, системно воздействующего на изучаемые общественные отношения.

Результатом конструирования правового обеспечения российского экологического предпринимательства должна стать модель, сущность которой следует охарактеризовать как теоретическую (или концептуальную[295], обоснование которой невозможно без применения концептуального подхода, определяю-

[294] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: Юристъ, 2006. С. 157.

[295] *Гришина Я.С.* Методологические основы исследования правового обеспечения социального предпринимательства // Методологические проблемы цивилистических исследований: Сборник научных статей. Ежегодник. Вып. 3. 2018 / отв. ред. А.В. Габов, В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2018. С. 134–158.

щего стержень исследования, оценивающего методологический потенциал его исходных теоретических позиций и отправных точек. Представляется, что на концептуальном уровне моделирования экологического предпринимательства как объекта правового регулирования основным методологически ценным является тезис Е.П. Губина о том, что государственное регулирование рыночной экономики следует признать объективной необходимостью, который следует считать исходной теоретической позиций конструирования. При этом необходимо акцентировать внимание на том, что эта необходимость «выражается в праве и обязанности государства в лице его органов осуществлять государственное воздействие на рыночную экономику и предпринимательство с учетом особенностей соответствующего этапа развития экономики и общества, в соответствии с целями и задачами, стоящими перед обществом»[296]. Нацеленность государственной социально-экономической политики на необходимость правового обеспечения развития экологического предпринимательства обусловлена решениями Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ от 13 июня 2002 г., определившими экологическое предпринимательство в качестве одного из приоритетных направлений экономического развития страны и давшими рекомендации по его легализации[297].

Сегодня, в свете «последнего предупреждения» жителям Земли, сделанном в распространенном 8 октября 2018 г. докладе Межправительственной группы экспертов по изменению климата (IPCC) ООН[298], необходимость реализации концепции перехода государства к устойчивому развитию по-прежнему актуальна. По мнению исследователей, «Остановить глобальное потепление уже невозможно, но мир должен сдержать его на

[296] *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства. С. 10.

[297] Модельный закон об основах экологического предпринимательства // Портал: Законы России. URL: https://lawrussia.ru/texts/legal_744/doc744a417x494.htm

[298] Экологи сделали «последнее предупреждение» жителям Земли. URL: https://news.mail.ru/society/34982737/

определенном уровне. Уже через 12 лет мир может перешагнуть критическую черту, когда последствия глобального потепления станут необратимыми»[299]. В этой связи перераспределение части расходов по охране и воспроизводству природных ресурсов на субъектов предпринимательской деятельности; формирование основ соответствующей отрасли национальной экономики, формирование и совершенствование системы экологического предпринимательства с учетом тенденций развития рыночных отношений и обеспечения правового регулирования экологического предпринимательства как особого вида предпринимательской деятельности,[300] несомненно, представляются важнейшими «задачами, стоящими перед обществом»[301].

Еще одной важнейшей, методологически концептуальной, исходной позицией предстоящего моделирования видится тезис Е.П. Губина о том, что правовое регулирование предпринимательской деятельности является сферой взаимодействия частноправовых и публично-правовых средств[302]. Следует признать справедливым вывод Евгения Парфирьевича, что «особенность предпринимательского права, правового регулирования предпринимательской деятельности, государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства, а также предпринимательского законодательства находит выражение в сочетании, взаимодействии частноправовых и публично-правовых интересов, частноправовых и публично-правовых средств с точки зрения деления права на частное и публичное. Некоторые частноправовые средства приобретают публично-правовой характер, будучи санкционированы государством. Можно утверждать, что многие частноправовые средства трансформируются в

[299] Там же.

[300] Модельный закон об основах экологического предпринимательства // Портал: Законы России. URL: https://lawrussia.ru/texts/legal_744/doc744a417x494.htm

[301] *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства. С. 10.

[302] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. С. 167.

частно-публичные правовые средства и широко используются при регулировании предпринимательской деятельности. Сделанный вывод никак не исключает возможности использования тех или иных правовых средств в частных, в том числе гражданских, отношениях, не принижает значения таких правовых средств, а лишь расширяет взгляд на существо данных понятий и возможности их использования»[303].

Методологическое значение данный вывод имеет потому, что, следуя ему, возможно наполнить структуру механизма правового обеспечения экологического предпринимательства как стержня формируемой модели, конкретизировать впоследствии архитектонику научного исследования на инструментальном уровне. Учитывая особенность экологического предпринимательства как сферы взаимодействия частных и публичных интересов, регулятивное системное воздействие на которую обеспечивается публичными и частными инструментами (правовыми средствами), рассматриваемыми в качестве взаимодействующих элементов механизма, следует прийти к выводу, что каждый из элементов представляет собой самостоятельную подсистему публично-правовых и частноправовых средств (правовых конструкций) более низкого уровня, в целом составляющую систему правового обеспечения данного вида предпринимательства.

При этом публично-правовой инструментарий следует принципиально в структуре исследования расположить выше частноправовых инструментов, поскольку, по справедливому утверждению Е.П. Губина, в механизме правового регулирования предпринимательской деятельности публично-правовые средства прямо оказывают соответствующее влияние на содержание частноправовых средств: «Без учета этого обстоятельства применение частноправовых средств будет неполным, а возможно, и ошибочным»[304].

303 *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства. С. 12–13.

304 *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. С. 171.

Следуя предложенному Е.П. Губиным инструментальному методологическому подходу, исследователь механизма правового обеспечения социального предпринимательства Я.С. Гришина выявила его строение. По мнению этого ученого, подсистема публичных правовых средств механизма состоит из конструкций таких инструментов, как: государственный заказ; государственное задание; лицензирование, патентование и квотирование; сертификация и стандартизация; применение нормативов и лимитов; регулирование цен и тарифов; предоставление инвестиционных, налоговых и других льгот; дотаций, компенсаций, целевых инноваций и субсидий; а подсистема частных правовых средств включает правосубъектные, вещные, обязательственные и защитно-охранительные правовые конструкции[305]. Принимая во внимание, что экологическое предпринимательство во многих странах рассматривается частью более объемного явления — социального предпринимательства[306], представляется оправданным принять во внимание данное строение механизма и при конструировании модели экологического предпринимательства.

Таким образом, в результате проведенного исследования можно считать обоснованным вывод о том, что применение системного, концептуального и инструментального методологических подходов, составляющих методологический потенциал концепции правового регулирования государственного воздействия на рыночную экономику и предпринимательство, разработанной Евгением Парфирьевичем Губиным, позволяет реализовать данный методологический потенциал при конструировании трех уровней (системного, концептуального и инструментального) модели правового обеспечения экологического предпринимательства, соответствующих применяемым подходам.

[305] *Гришина Я.С.* Концептуальная модель правового обеспечения российского социального предпринимательства: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 18–19.

[306] *Барков А.В., Гришина Я.С.* Методологические основы конструирования российской модели правового обеспечения экологического предпринимательства // Гражданское право. 2018. № 4. С. 3–7.

На первом этапе моделирования при применении системного подхода предполагается исследование объекта моделирования (экологическое предпринимательство); выявление внутренней структуры механизма правового обеспечения (системообразующие факторы и элементы), принципы взаимодействия элементов в динамике и в сравнении с зарубежными правовыми конструкциями. На последующем этапе моделирования предполагается реализация инструментального подхода, то есть непосредственное конструирование подсистем публичных и частных средств правового обеспечения и оценка перспектив практической реализации правовой модели. Концептуальный подход предполагает обеспечение теоретического сопровождения на всех этапах моделирования, отражение исходных теоретических позиций и научное обоснование результатов исследования.

В целом, учитывая огромный методологический потенциал концепции правового регулирования государственного воздействия на рыночную экономику и предпринимательство для науки предпринимательского права, представляется обоснованным признать концепцию Е.П. Губина научной теорией, содержащей все присущие ей элементы: дефиниции, системообразующие признаки и факторы, классификации, типологии, механизмы и его элементы (формы, средства, конструкции), их связи в статике и динамике, функции, цели, задачи, что, несомненно, ставит Евгения Парфирьевича на высочайший научно-теоретический уровень — классиков науки предпринимательского права.

Библиография:

1. *Барков А.В. Гришина Я.С.* Методологические подходы к теоретическому конструированию модели правового обеспечения экологического предпринимательства // Методологические проблемы цивилистических исследований: Сборник научных статей. Ежегодник. 2019 / отв. ред. О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2019.
2. *Барков А.В.* О перспективах реализации методологического потенциала социального предпринимательства в

цивилистических и полиотраслевых правовых исследованиях в экологической, энергетической и других социально значимых сферах // Методологические проблемы цивилистических исследований: Сборник научных статей. Ежегодник. Вып. 3. 2018 / отв. ред. А.В. Габов, В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2018.

3. *Барков А.В.* О применении правового метода моделирования в цивилистических диссертациях // Методологические проблемы цивилистических исследований: Сборник научных статей. Ежегодник. Вып. 2. 2017 / отв. ред. А.В. Габов, В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2017.
4. *Барков А.В., Гришина Я.С.* Методологические основы конструирования российской модели правового обеспечения экологического предпринимательства. Гражданское право. 2018. № 4. С. 3–7.
5. *Гришина Я.С.* Концептуальная модель правового обеспечения российского социального предпринимательства: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016.
6. *Гришина Я.С.* Методологические основы исследования правового обеспечения социального предпринимательства // Методологические проблемы цивилистических исследований: Сборник научных статей. Ежегодник. Вып. 3. 2018 / отв. ред. А.В. Габов, В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2018.
7. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: Юристъ, 2006.
8. *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005.
9. *Комиссарова Е.Г.* Методологический потенциал гражданско-правовой науки // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. Вып. 4(22). С. 310–315.
10. *Сафин З.Ф., Челышев М.Ю.* О методологии цивилистических исследований // Вестник СГАП. № 6 (62). 2011. С. 121–150.

2.7. Перспективы реформы правовой профессии в России

Аннотация. Параграф посвящен актуальной проблеме реформирования профессии юристов в Российской Федерации, оказывающих правовые услуги без специального нормативного регулирования.
Ключевые слова: юрист, адвокат, юридическая помощь, реформа юридической профессии.

Annotation. The article focuses on the issues arising from reforming the legal profession in Russia, specifically on lawyers that provide services without any regulation.
Keywords: lawyer, attorney, legal services, reformation of the legal profession.

Вместо введения

Вопрос о необходимости преподавания дисциплины «Профессиональная этика юриста» впервые на Юридическом факультете поставил Евгений Парфирьевич Губин. Эта идея возникла у Евгения Парфирьевича после стажировки в Вашингтонском колледже права Американского университета в начале 90-х. Однако тогда по ряду объективных и субъективных причин ввести данный предмет в учебную программу не удалось.

Выражаю глубокую благодарность Евгению Парфирьевичу Губину за идею преподавания данного курса.

Проблемы правовых профессий в Российской Федерации

Выпускники юридических факультетов Российской Федерации получают квалификацию «юрист», которая присваивается аттестационной комиссией вуза. Это — известная профессия в мире и в России, суть и назначение которой очевидны: правоприменение, правотворчество, юридическая помощь. Однако

ясно еще и другое: профессии юриста в нашей стране формально не существует.

В Российской Федерации сегодня нет ни одного федерального нормативного акта, который бы установил требование к профессии «юрист» в целом: квалификационные стандарты, порядок допуска к ней, независимо от дальнейшего выбора конкретной сферы профессиональной деятельности. Отсутствие единых требований к профессии «юрист» можно было бы объяснить тем, что эта профессия сама по себе весьма разнообразна и многолика: судья, адвокат, нотариус и другие. Единым критерием для правовой профессии можно было бы выделить наличие высшего юридического образования. Ведь профессию часто определяют как род занятий, требующий специальной подготовки и являющийся обычно источником средств к существованию[307]. Однако, как известно, для такой важной и нужной для общества и государства профессии только образовательного ценза недостаточно. Общественная значимость профессии юриста не позволяет ограничивать требования к ней только образовательными цензами. Важными фактором для данной профессии являются и этические требования.

Вопрос о необходимости формирования единой профессии юриста и выработки единых стандартов для профессиональной деятельности, как ни странно, сегодня в Российской Федерации не встает. Более того, анализ особенностей профессиональной деятельности судьи, прокурора, нотариуса в Российской Федерации, как правило, посвящен лишь отдельным проблемам этой профессии, и нигде речь не идет о реформировании профессии юриста путем унификации требований, например, введения единого экзамена или единых стандартов норм профессиональной этики юриста. Сейчас активно обсуждается вопрос лишь реформирования той части юридической профессии, которая связана с оказанием правовой помощи и услуг. Российское правовое сообщество раскололось на несколько групп: те, кто считает, что все юристы, оказывающие правовую помощь в форме

[307] См., напр.: Толковый словарь русского языка / под ред. Д.В. Дмитриева. М.: Астрель, АСТ, 2003. С. 1057.

консультаций, судебного представительства должны получать статус адвоката в установленном порядке. Вторая группа за то, чтобы статус адвоката получали лишь те специалисты, которые представляют интересы граждан и юридических лиц в суде; третья же группа — против всех изменений: считает, что изменения ни к чему, система правовой помощи функционирует достаточно прочно. Удивительно, что к последней группе примыкают юристы достаточно высокой квалификации.

Как известно, в Российской Федерации наряду с адвокатами, оказывающими юридическую помощь, «юридические услуги» оказывают лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, что привело к формированию группы самостоятельных консультантов, не обладающих адвокатским статусом[308]. Такая реальность создает много проблем на практике: «...проблемы функционирования национального рынка юридических услуг существенно затрудняют реализацию прав граждан и организаций на получение квалифицированной юридической помощи и отрицательно влияют на обеспечение защиты публичных интересов»[309]. К таким проблемам можно отнести отсутствие нормативного регулирования деятельности по оказанию юридических услуг; отсутствие у государства рычагов воздействия на некачественное оказание юридических услуг; существующие проблемы в регулировании деятельности адвокатов и иные.

Виновата ли история в сегодняшней неразберихе правовых профессий?

Правовые профессии, как важный элемент правовой культуры, развиваются как часть историко-правового наследия народа и страны. Возникшее в IX в. российское государство, несмотря на достаточное количество источников права, регулирующих общественные отношения, очень длительное время не имело профессиональных юристов, осуществляющих правопримени-

[308] Проект Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи. 2.1. URL: https://minjust.ru/ru/print/326396/ (дата обращения 25.02.2019).

[309] Там же.

тельную деятельность. Это, конечно, обусловлено рядом политических, экономических, социальных причин.

К политическим можно отнести саму конструкцию и идею организации государственной власти на Руси. Правовые профессии могут формироваться лишь вокруг независимого, профессионального суда. А в нашей стране отсутствие в течение длительного времени независимых судебных органов, практически до судебной реформы 1864 г., делало невозможным существование и иных правовых профессий.

Кто же вершил правосудие? В эпоху раннефеодальной монархии судебные функции осуществляли князья, бояре, церковь. Вопросы, возникающие внутри общины, решал общинный суд. Право применяли землевладельцы либо их «наместники» и «волостели», руководствуясь самыми простыми представлениями о добре и справедливости, беспристрастности, зачастую опираясь на единственно знакомый им источник права — обычаи. В период феодальной раздробленности в Новгородской и Псковской феодальных республиках право применяли и на вече. Этот суд часто превращался в судилище, на котором горожане могли камнями до смерти забить уже осужденного грабителя или иного опасного преступника, потом «расхищать все его имущество» и продавать с публичных торгов[310]. Очевидно, что участие народа в осуществлении правосудия, как бы ни делало это процесс демократическим, далеко от профессионализма, объективности и справедливости, ибо у обвиняемого мало было возможности на защиту, кроме клятвы и судебного поединка. Кроме народного суда, например, в Пскове, чаще всего судили должностные лица: посадник, тысяцкий, князь. Однако они также не были судьями, как носители судебной власти. Судебные функции они осуществляли наряду с иными должностными обязанностями: посадник был главой республики, князь ведал управлением и судом, тысяцкий — военным ополчением.

Меняющиеся периоды государственно-правового развития — образование централизованного государства, сословно-пред-

[310] *Владимирский-Буданов М.Ф.* Обзор истории русского права. Ростов-на-Дону, 1995. С. 583.

ставительная монархия — к сожалению, ничего не изменили в судопроизводстве Руси кардинально. Менялись лишь судебные органы — скажем судебные функции получила Боярская дума, приказы, однако все правоприменение оставалось бюрократическим, чиновничьим, далеким от профессионального суда, соответственно, и иных правовых профессий. По меткому выражению Ф.Л. Морошкина, «Русская первоначальная юриспруденция есть собственно юриспруденция дьяческая. Дьяк или клерк — сие таинственное существо в истории законодательств с успехами единодержания растет и с течением времени из карла делается великаном»[311].

Институт судебного представительства появился давно как средство доказательств правоты сторон в судебном поединке. Однако судебные представители лишь заменяли стариков, женщин, священников и больных при установлении истины путем поединка. Со временем функции представительства слегка расширились, однако до профессиональной защиты и представительства пока еще очень далеко.

Первые попытки отделения суда от управления были сделаны императором Петром I в рамках его административно-территориальной реформы. Со временем, с 1715 г., в «Кратком изображении процессов или судебных тяжб» Петра I появляется судебная система, отделяются суды гражданские от воинских, четко определяется судейский состав. Однако судили опять же не профессиональные судьи. При судах были аудиторы — знатоки права, которые консультировали судей по вопросам права и правоприменения. А судьи — опять должностные лица. Здесь уже законодатель позволяет в качестве представителя сторон выступать адвокатам в процессе. Однако вот как оценивает «Краткое изображение...» адвокатов: «Однако же, когда адвокаты у сих дел употребляются, оные своими непотребными пространными приводами судью более утруждают, и оное дело толь паче к вящему пространству, нежели к скорому приводят

[311] История Юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова (в трех томах) // под ред. В.А. Томсинова. Т. 1. М.: Городец, 2005. С. 9.

окончанию»[312]. Ничего не дали и тщетные попытки Петра Великого по созданию юридического факультета для подготовки будущих правоведов[313].

Ситуация кардинально изменилась лишь после судебной реформы 1864 г., когда в Российской империи появились правовые профессии. Профессор И.Я. Фойницкий с удовольствием пишет, что «далеко за нами лежит эпоха, когда дело суда было делом самих потерпевших, индивида или общежития. Далеко за нами лежит и эпоха, видевшая в правосудии частное право отдельных лиц (суды патримониальные, или помещичьи), сословий (суды сословные) и отдельных ведомств»[314].

И несмотря на наличие теперь в стране профессиональных адвокатов, все же были «ходатаи» — не состоящие в адвокатуре лица, оказывающие правовые услуги.

Октябрьская революция, нацеленная на кардинальные изменения в общественной, экономической, политической жизни, действительно изменила все. Как известно, согласно Декрету о суде № 1 прекратили свое существование старые суды, а вместе с ними и адвокатура.

Последняя была восстановлена в 1922 г. Наряду с адвокатами, имеющими право давать юридические консультации и представлять интересы граждан в суде, в РСФСР и в других социалистических республиках многие предприятия имели своих юрисконсультов — обслуживающих только данное предприятие.

Профессия адвоката и юриста в Российской Федерации в начале 90-х г. XX в. формировалась с таким историческим багажом: при отсутствии правовых профессий очень длительное время и с двойственной системой адвокатуры и юристов как в XIX, так и XX вв.

---

[312] Законодательство Петра I / отв. ред. А.А. Преображенский, Т.Е. Новицкая. М.: Юридическая литература, 1997. С. 830.

[313] *Томсинов В.А.* Юридическое образование и юриспруденция в России в XVIII столетии: учеб. пос. М.: Зерцало, 2010. С. 45.

[314] *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. СПб.: Альфа, 1996. Том 1. С. 8.

С 1991 г. Российская Федерация формировалась как новое государство, с новыми принципами, одним из главных ориентиров которого стала идея построения правового государства. Получается, что несмотря на вековые сложные и противоречивые тропы формирования правовых профессий, ситуация сегодня на рынке правовых услуг формировалась вместе с новой Российской Федерацией лишь с начала 90-х годов прошлого столетия. И поиск разных форм унификации основ статуса лиц, оказывающих юридическую помощь, установления единых стандартов происходит как никогда своевременно и уместно.

Какие есть пути решения проблемы?

Среди путей решения по регулированию рынка правовых услуг сегодня существуют два возможных варианта: первая и широко обсуждаемая перспектива реформирования в соответствии с Подпрограммой Государственной программы «Юстиция»; вторая — ограничение лишь теми изменениями, которые внесут в судебное представительство подписанные президентом Российской Федерации Закон в процессуальное законодательство Российской Федерации. Согласно первой перспективе в Российской Федерации все юристы, оказывающие юридические услуги, должны иметь статус адвоката. Суть второго варианта — требование лишь высшего юридического образования к лицам, осуществляющим судебное представительство в гражданском и арбитражном процессах.

Президент Российской Федерации подписал Федеральный закон от 28 ноября 2018 г. № 451-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» о реформе процессуального законодательства[315]. Этот закон вступит в силу с момента начала деятельности апелляционных и кассационных судов общей юрисдикции.

Основные изменения, который внесет данный закон в судебное представительство, — требование высшего юридического

[315] URL: http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru/Novosti_Komiteta/item/17587483/ (дата обращения 24.02.2019).

образования для представителей сторон в суде в арбитражном и гражданском процессах (кроме районных и мировых судов). Хочется надеяться, что данная мера — не единственная попытка решить общественную потребность в повышении квалификации лиц, оказывающих профессиональную юридическую помощь, а промежуточное мероприятие на пути к более глубокой реформе, предусмотренной федеральной программой «Юстиция».

15 апреля 2014 г. правительство РФ приняло постановление № 312, утвердившее программу «Юстиция»[316]. К подпрограмме 1 этой программы «Обеспечение защиты публичных интересов, реализации прав граждан и организаций» Министерство юстиции разработало Концепцию регулирования рынка профессиональной юридической помощи (далее Концепция), проект которой был утвержден в 2015 г. с дальнейшим внесением изменений в 2016 г. 4 октября 2017 г. данная Концепция была принята после обсуждений с представителями профессионального юридического сообщества. Она нацелена на упорядочение системы оказания квалифицированной юридической помощи и регулирование рынка оказания правовой помощи.

Концепция предусматривает три этапа реализации программы «Юстиция» по обеспечению защиты публичных интересов, прав граждан и организаций. Первый этап, планируемый на 2018 г., в основном касался изменений в адвокатской деятельности: создание возможностей для выбора адвокатами существующих организационно-правовых форм коммерческих корпоративных организаций для ведения адвокатской деятельности, обеспечение возможности работы адвокатов по трудовому договору с адвокатскими образованиями; детализация режима налогообложения; обеспечение возможности адвокатских образований в участии в государственных закупках и иные. Согласно Концепции особые требования предъявляются к иностранным адвокатам и юристам иностранных государств, оказывающих правовые услуги в России. Предполагается введение правила о

[316] URL: http://gov.garant.ru/SESSION/PILOT/main.htm (дата обращения 25.02.2019).

том, что оказание юридической помощи лицами, являющимися адвокатами или юристами иностранных государств и не имеющими статуса адвоката на территории Российской Федерации, допускается при условии их регистрации в специальном реестре, который ведется федеральным органом юстиции, и только по вопросам права данного иностранного государства. Такие адвокатские образования не могут быть контролируемыми иностранными лицами — физическими и юридическими.

Второй этап (2019 г.) предполагает временный упрощенный порядок перехода лиц, оказывающих юридическую помощь, в адвокатуру. На третьем этапе (2020–2022 гг.) реализация Концепции будет осуществляться путем приема в адвокатуру лиц, оказывающих юридическую помощь, в том числе в упрощенном порядке в соответствии с переходными правилами, разработанными и принятыми в рамках второго этапа. С 1 января 2023 г., согласно Концепции, представительство во всех судебных инстанциях будут осуществлять только адвокаты. Вышеперечисленные требования не будут предъявляться к лицам, работающим в органах государственной власти и местного самоуправления, правовых департаментах организаций, оказывающих бесплатную юридическую помощь.

Цель единой и реформированной профессии с расширенной монополией на предоставление юридических услуг, изложенная в Концепции, заслуживает похвалы и оправданна, учитывая, что другие положения Концепции гарантируют, что общественные интересы будут обеспечиваться за счет установления более высоких стандартов профессии, что сделает правовую профессию единой и успешной:

1) единые экзамены для вступления в профессию и требование повышения квалификации;
2) высокие образовательные и этические требования;
3) создание возможности осуществления адвокатами коллективной деятельности в рамках адвокатских образований в форме коммерческих организаций, в том числе определение объема их правоспособности;

4) модификация законодательства, позволяющего адвокатам работать по трудовому договору для других адвокатов или адвокатских образований;
5) повышенная прозрачность деятельности и защита доверителей путем обязательного страхования профессиональной деятельности адвокатов;
6) новые положения, которые позволят профессии повышать уровень самоуправления.

Кроме того, для достижения успеха Концепция разумно предусматривает поэтапное введение новых правил и переходных положений, позволяющих не-адвокатам с определенным уровнем опыта вступить в единую профессию с помощью упрощенных процедур.

Примечательно также, что Концепция исключает юристов предприятий из новой единой профессии. В этом отношении включение юристов предприятий в единую профессию адвоката вызывало бы сложные вопросы, связанные с независимостью и трудностью определения юридических привилегий в контексте привязанности этих юристов к работодателям. Многие европейские юрисдикции не включают юристов предприятия в единую профессию (в частности — Франция), а в некоторых других юрисдикциях это предмет дебатов. Учитывая амбициозные цели, поставленные Концепцией, разумно отложить этот вопрос на данном этапе на будущее.

Система оказания правовых услуг в сегодняшней России в незавидном и уникальном положении, когда профессиональный статус большинства юристов не регулируется: к ним не предъявляются квалификационные требования, они не подчиняются правилам профессиональной этики, не получают определенные преимущества от своей деятельности. Впрочем, в Концепции ясно излагаются все недостатки и отрицательные последствия сегодняшней ситуации, настоятельно требующие реформирования.

Очевидно, что реформирование системы оказания правовой помощи чревато серьезными сложностями как организационного, так и правового характера. Опасения противников рефор-

мы во многом понятны. Реформа осложнит доступ к профессии, может повысить стоимость правовых услуг, очевидны не до конца продуманные схемы налогообложения и оформления трудовых отношений адвокатов с предприятиями. Тем не менее реформа нужна для защиты общественных интересов, и именно общественными интересами можно оправдать ряд неудобств и ограничений, предусмотренных для правовой профессии в будущем.

Библиография:

1. Законодательство Петра I. М.: Юридическая литература, 1997.
2. История Юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова (в трех томах). Т. 1. М.: Городец, 2005.
3. *Томсинов В.А.* Юридическое образование и юриспруденция в России в XVIII столетии: учебное пособие. М.: Зерцало, 2010.
4. *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. СПб.: Альфа, 1996.

2.8. Вопросы преподавания университетского курса предпринимательского права

Аннотация. Автор статьи ставит вопросы, касающиеся преподавания университетского курса предпринимательского права. Рассматриваются взгляды Е.П. Губина, А.Г. Быкова, автора и его коллег по вопросу ведения лекций, семинаров, работы над содержанием курса предпринимательского права.
Ключевые слова: предпринимательское право, хозяйственное право, методология преподавания.

Annotation. The author raises questions concerning the teaching of the University course of business law. The views of E.P. Gubin, A.G. Bykov, the author and his colleagues on the conduct of lectures, seminars, work on the content of the course of business law are considered.
Keywords: business law, economic law, teaching methodology.

В настоящей монографии авторы преимущественно обсуждают вопросы, раскрытые в научных работах Евгения Парфирьевича Губина. Однако я хотел бы обратиться к другой сфере его деятельности: к вопросам образовательным, а точнее, методическим. Евгений Парфирьевич стоял не только у истоков нашей кафедры, но и всего университетского курса предпринимательского права, который преподается студентам Юридического факультета МГУ; он также написал ряд работ по проблематике преподавания предпринимательского права[317].

[317] *Губин Е.П.* К вопросу о научно-педагогических школах, учебниках и преподавании предпринимательского права в вузах России // Вестник университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 11. С. 20–28; *Губин Е.П., Лахно П.Г., Дедов Д.И., Карелина С.А., Паращук С.А*. Наука и преподавание хозяйственного и предпринимательского права в Московском государственном университете им. М.В. Ломоносова / Предпринимательское право в рыночной экономике. М., 2004; Предпринимательское право и методика его преподавания. Материалы международной научно-практической конференции Московской государственной юридической академии / сборник статей. М.: Юриспруденция, 2008.

Из личного общения с Евгением Парфирьевичем и из его работ я вынес много уроков, касающихся методики преподавания, и, объединив их со своим собственным опытом (пока, разумеется, весьма скромным по сравнению с опытом коллег), хочу поделиться результатами с читателем. В силу возраста для меня еще свежи воспоминания студенчества, в том числе воспоминания о моих учителях, которые дали мне, помимо знаний и университетской культуры, многие практические приемы преподавания юридических наук.

Место и роль курса предпринимательского права в учебном плане

Лекционно-семинарский курс предпринимательского права преподается на Юридическом факультете МГУ еженедельно в течение двух семестров, во втором семестре третьего курса и первом семестре четвертого. Фактически первый семестр четвертого курса является наиболее удачным для нашего курса: студенты, во-первых, уже прошли часть частноправовых дисциплин и в целом достаточно подготовлены к непростым материям; во-вторых, у них еще не началась преддипломная практика и экзистенциальные томления, обычно сопровождающие выпускные экзамены и поступление в магистратуру. Курс разделен двумя летними месяцами, однако это не представляет большой проблемы в силу специфики его содержания, о чем я напишу далее.

С переходом на систему «бакалавр — магистр» у студентов также упростился выбор между специализациями (уголовно-правовая, государственно-правовая и гражданско-правовая) и практически исчезла конкуренция между кафедрами одного направления за студентов бакалавриата, переместившись в магистратуру. Теперь нет нужды завлекать неподготовленных второ- и третьекурсников непростым предпринимательским правом, давать им курсовые по еще не пройденному предмету и т. п., чтобы обеспечить набор нужного количества студентов на специализацию. Этот результат «Болонского процесса» я оцениваю положительно.

Место курса в системе юридического образования осложняется известными теоретическими спорами вокруг предмета хозяйственного (предпринимательского) и коммерческого права. На Юридическом факультете МГУ сформированы кафедры гражданского, предпринимательского и коммерческого права. По существу, место курса гражданского права (2 и 3 год обучения) обусловило его общий, теоретический характер. Курс коммерческого права (4 год обучения) охватил вопросы договорного права в предпринимательских отношениях и ряд проблем регулирования торгового оборота. Курс предпринимательского права затрагивает вопросы, связанные с государственным регулированием хозяйственных отношений, что в полной мере согласовывается с представлением о частно-публичном методе предпринимательского права. Однако ряд институтов все же оказались на линии разграничения (например, защита конкуренции), а отдельные сферы представляют собой своего рода terra nullius (например, информационные отношения).

Впрочем, вопросы предмета и метода различных отраслей права не являются предметом моей статьи; с методической точки зрения проблему представляет не известное триделение частного права, а неминуемо порождаемые им повторы и дублирование тем[318]. Например, общая теория юридических лиц, равно как и основы процедур несостоятельности, преподаются в рамках курса гражданского права. Возможное решение этой проблемы — отход преподавателя от сухой теории, преподавание предпринимательского права с позиции практических целей курса. Преподаватель, к примеру, может не давать различные взгляды на природу юридического лица, но обсудить со студентами распространенные организационно-правовые формы и причины их популярности; не углубляться в сравнение взглядов на природу полномочий единоличного исполнительного органа (орган или представитель), а объяснить правовые последствия

[318] Подробнее о соответствующей проблеме см. *Быков А.Г.* О содержании курса предпринимательского права и принципах его построения / А.Г. Быков: Человек, Ученый, Учитель. М.: Стартап, 2013. С. 81–82.

превышения директором своих полномочий. Такой подход, на мой взгляд, придает нашему курсу полезную практическую направленность и отграничивает его от предшествовавших теоретических дисциплин.

Известную проблему здесь представляет недостаток экономических знаний у нынешних студентов. При переходе на двухуровневую систему обучения курс экономики в бакалавриате урезали вдвое (до одного семестра), а в магистерские программы он вообще не попал. В результате студенты не понимают экономической подоплеки правовых отношений, что, на мой взгляд, критично для понимания нашего курса:

— в темах «Предпринимательство и предпринимательская деятельность» студентам требуется понимание транзакционных издержек и критичных для права экономических понятий (теория рационального выбора, эффективность по Парето и проч.);
— в теме «Имущественная основа предпринимательской деятельности» студент должен понимать экономическую природу активов предприятия, общие принципы бухгалтерского и финансового учета, различия между действительной и номинальной стоимостью доли в уставном капитале;
— в теме «Защита конкуренции» критично понимание природы явлений монополии и конкуренции, происхождения негативных эффектов монополии, принципов формирования равновесной цены на монопольном и конкурентном рынках;
— в теме «Рынок ценных бумаг» необходимо понимать историю появления и назначение основных видов ценных бумаг, принципы работы организованного финансового рынка;
— в теме «Банковское право» важно понимание механизма функционирования рынка государственных облигаций, влияния ключевой ставки и ставки рефинансирования на экономическую ситуацию и т. п.

Таким образом, преподаватель может либо отправить студента читать законодательство (фактически зубрить, поскольку подоплеки его принятия и функционирования студент не по-

нимает), либо дать группе читать «Экономикс»[319] и «Экономический анализ права»[320] в расчете, что те немногие, кто осилят, смогут объяснить остальным практическое содержание темы. Я допускаю, что юристу не всегда требуется знание фактических отношений в «своей» сфере на уровне клиента, однако нынешнее поколение студентов, по моему убеждению, не должно и не будет воспринимать темы курса, не разобравшись в их ценности для своей будущей работы и в структуре соответствующих рыночных отношений[321].

Соотношение аудиторных и самостоятельных занятий

После недавних высказываний ректора НИУ ВШЭ Я.И. Кузьминова[322] вновь разгорелась дискуссия об актуальности лекций в российских вузах. В обсуждениях, свидетелем которых я был, и студенты, и преподаватели сходятся в том, что лекционный формат не исчерпал себя при условии, что преподаватель талантливо и профессионально подходит к своей задаче, не ограничивается материалами учебника, учитывает получаемую от студентов обратную связь[323]. К сожалению, участники тех же обсуждений неоднократно подчеркивали, что многие лекции таким требованиям не соответствуют. Признаюсь, во время обучения и я, и мои однокурсники намеренно пропускали лекции, которые считали неактуальными.

Сейчас, по моим ощущениям, студенты юридического факультета посещают лекции еще с большей неохотой. Меры, ко-

[319] *Макконнелл К.Р., Брю С.Л., Флинн Ш.М.* Экономикс: принципы, проблемы и политика. 19-е изд. М., ИНФРА-М, 2018.

[320] *Карапетов А.Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016.

[321] На эту же проблему обращает внимание А.Г. Быков в: Интервью с А.Г. Быковым. К 70-летию со дня рождения / А.Г. Быков: Человек, Ученый, Учитель. М.: Стартап, 2013. С. 27–28.

[322] Лекции переносят в онлайн-аудиторию: Ярослав Кузьминов намерен обязать преподавателей читать курсы в цифровом формате // Газета «Коммерсантъ». 2018. № 179. С. 5. 2 октября.

[323] Этой точки зрения придерживается и Е.П. Губин. См.: *Губин Е.П.* К вопросу о научно-педагогических школах, учебниках и преподавании предпринимательского права в вузах России // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 11. С. 25–26.

торые принимает учебная часть («поголовный контроль» посещаемости, введение перекличек и т. п.) эффекта практически не имеют; да и нужны ли эти меры, когда наличие беспроводного интернета и различных носимых гаджетов позволяет студентам, даже физически присутствуя на лекции, заниматься своими делами?

Безусловно, качественные лекции, которые читает талантливый преподаватель, хорошо владеющий предметом, остаются актуальным и востребованным форматом занятий. Это подтверждается хотя бы тем, что дорогостоящие частные курсы по праву до сих пор основаны на лекционном формате, и слушатели готовы платить за них по 30–50 тысяч рублей. Другое дело, что методика организации подобных частных лекций отличается от лекций в университете:

— преподаватели рассылают слушателям основные тезисы лекции и получают от них пожелания, какие вопросы должны быть рассмотрены в первую очередь;
— преподаватели совместно с методистами готовят презентацию по стандартам школы, которая за 1–3 суток до занятия рассылается слушателям;
— слушатели вправе давать преподавателю обратную связь по содержанию и форме лекции, причем как во время занятия, так и после путем анонимного опроса;
— учебная часть оперативно корректирует учебный план на основании запросов слушателей.

Конечно, такой подход применим скорее для магистратуры и программ дополнительного образования, а не для обязательных курсов бакалавриата. Однако ключевой фактор успеха таких программ — это обратная связь от слушателей, которая может и должна быть учтена и на программах бакалавриата. В таком случае учебный отдел сможет точечно работать над посещаемостью лекций, проводя индивидуальную работу с каждым лектором.

Ряд проблем, связанных с проведением лекций, можно также снять организационными методами. К примеру, в настоящее время при формировании расписания учебная часть исходит из поголовного посещения лекций студентами. В результате

по одному предмету читается одновременно несколько лекций для разных потоков, на каждой из которых, тем не менее, присутствует до 50–100 человек. Таким образом, количество повторяющихся лекций безболезненно можно сократить, исходя из фактической посещаемости, а оставшиеся — расставить по разным дням или часам (утро/вечер), чтобы работающие студенты смогли посещать лекции в удобное им время. Это позволит увеличить посещаемость, разгрузить аудитории и преподавателей, хотя, конечно, потребует дополнительных подсчетов при определении учебной нагрузки.

Хорошей практикой в ряде зарубежных университетов является распространение расшифровок лекций (своеобразных «официальных конспектов», подготовленных вузом совместно с преподавателями). В настоящее время расшифровка качественно записанного материала не представляет большой проблемы (этим часто занимаются сами студенты перед сессией), однако требует некоторых организационных усилий со стороны учебной части. В отличие от учебников, которые перевыпускаются редко и зачастую содержат большой объем материала, такие расшифровки могут выполнять роль методичек по предмету — явления, практически забытого нынешними студентами.

Содержание курса предпринимательского права

Поскольку значительная часть общих положений частного права преподается на курсе гражданского права, курс предпринимательского права не имеет столь же значительной общей части. При этом курс весьма обширный, и преподаватель чисто физически не может раскрыть все темы в равном объеме. В результате при проведении семинаров перед преподавателем встает проблема выбора вопросов, подлежащих углубленному анализу. Можно ориентироваться на различные факторы:

- строгое соответствие содержания семинара соответствующей лекции (или, наоборот, потребность «компенсировать» отсутствие лекции по определенной теме);
- важность вопроса для понимания системы предпринимательского права;

- применимость проблемы в дальнейшем трудоустройстве студента и в его практической работе;
- актуальность вопроса с точки зрения текущей повестки дня;
- сложность вопроса для самостоятельного изучения;
- возможность провести углубленный семинар в нетрадиционном формате (деловая игра, коллективное обсуждение и т. п.);
- личная вовлеченность преподавателя в теоретические и практические аспекты конкретной темы.

Не хочу показаться банальным, но, на мой взгляд, преподаватель должен учитывать эти факторы в комплексе. Например, тема «Правовое регулирование рекламы» потребуется на практике меньшему количеству юристов, чем тема «Государственные закупки», и большему, чем тема «Правовое регулирование оценочной деятельности». При этом по первой теме больше дополнительных материалов, которые позволяют студенту самостоятельно ознакомиться; с другой стороны, по регулированию рекламы можно провести замечательный семинар с большим количеством живых примеров.

Методика проведения семинарских занятий по предпринимательскому праву

Обучение в МГУ дало мне множество примеров различных подходов преподавателей к ведению семинарских занятий. Я посещал семинары самых разных преподавателей, которые по-разному соблюдали баланс между:

- пересказом лекций;
- обсуждением и разбором практических задач по курсу;
- тренировкой «гибких навыков» (soft skills), не относящихся прямо к предмету (умение составлять заключения, делать презентации и т. п.);
- доведением практического контекста изучаемых тем, текущей политической ситуации и тенденций судебной практики;
- проведением деловых игр (к сожалению, такой формат практиковал лишь один преподаватель);
- решением контрольных и тестов;
- чтением докладов.

На мой взгляд, курс предпринимательского права требует от преподавателя гибко варьировать различные методики проведения семинаров в зависимости от текущей темы. Например, отдельные «гибкие навыки» при недостатке таковых можно развивать на первых занятиях; деловые игры хорошо работают, например, на занятиях по корпоративному праву или правовому регулированию несостоятельности (банкротства) — на них можно разыгрывать сценарии различных собраний. Контрольные и тесты эффективно давать за 2–4 недели до зачета (экзамена), чтобы студенты могли объективно оценить свой уровень и получить недостающую мотивацию для подготовки.

По моему опыту, наименьший полезный эффект дают доклады отдельных студентов; в отсутствие навыков презентации доклады получаются затянутыми, и остальная часть группы на них откровенно скучает. Особенно порочна практика, когда доклады в рамках отработки пропущенных занятий получают наименее успевающие студенты, априори не способные их адекватно подготовить.

Многие наши преподаватели, по предметам которых присутствовали практические задачи, задавали по 4–5 таких задач к каждому семинару. Сейчас мне это кажется излишним. Задачи должны служить развитию мышления студентов и их навыков аргументации в реальном споре. Если задачи требуют изучения большого объема материала и не включают фундаментальный конфликт между несколькими позициями (или, тем более, заключаются в поиске конкретной формулировки постановления Пленума ВС и т. п.), студенты никогда не упустят возможности обменяться материалами друг с другом. Важно помнить, что количество времени, имеющегося у студента на выполнение домашнего задания, имеет свой предел, и студенты стараются распределять его равномерно; по особенно «любимым» предметам студенты даже готовят самодельные решебники, передавая их друг другу, чтобы упростить свою успеваемость. Конечно, преподаватель может самостоятельно (в отсутствие аспирантов или методистов) проверять решение задач за студентами, сверять их тексты между собой, выявлять плагиат и т. п., но время, затрачиваемое на

этот процесс, можно потратить с большей пользой, например, на изучение свежей практики по теме предстоящего семинара.

Выводы

В статье я рассмотрел лишь часть вопросов, касающихся университетского курса предпринимательского права. Безусловно, методология и практика преподавания нашего предмета еще только формируется, и многие вопросы, впервые поставленные А.Г. Быковым и Е.П. Губиным, не разрешены до сих пор. Вероятно, цифровизация, наконец добравшаяся и до сферы высшего образования, снимет ряд организационных проблем, однако глобальные задачи, наподобие актуализации содержания курса предпринимательского права и его адаптации к изменившимся экономическим реалиям, никуда не исчезнут; их все также предстоит решать нашей кафедре под руководством Евгения Парфирьевича Губина.

Библиография:

1. А.Г. Быков: Человек, Ученый, Учитель. М.: Стартап, 2013.
2. *Губин Е.П.* К вопросу о научно-педагогических школах, учебниках и преподавании предпринимательского права в вузах России // Вестник университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 11. С. 20–28.
3. *Губин Е.П., Лахно П.Г., Дедов Д.И., Карелина С.А., Паращук С.А.* Наука и преподавание хозяйственного и предпринимательского права в Московском государственном университете им. М.В. Ломоносова / Предпринимательское право в рыночной экономике. М., 2004.
4. *Карапетов А.Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016.
5. *Макконнелл К.Р., Брю С.Л., Флинн Ш.М.* Экономикс: принципы, проблемы и политика. 19-е изд. М.: ИНФРА-М, 2018.
6. Предпринимательское право и методика его преподавания. Материалы международной научно-практической конференции Московской государственной юридической академии (сборник статей). М.: Юриспруденция, 2008.

ГЛАВА 3.
РАЗВИТИЕ ОТДЕЛЬНЫХ НАПРАВЛЕНИЙ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

3.1. Эволюция системы юридических лиц в постсоветской России

Аннотация. В статье рассматривается эволюция системы юридических лиц в гражданском праве России постперестроечного периода. Автор показывает закономерность разделения юридических лиц на корпорации и унитарные организации, дает краткую характеристику реформы гражданского законодательства в сфере юридических лиц, показывает ее достоинства и недостатки.
Ключевые слова: корпоративное право, юридические лица, корпорации, хозяйственные общества, финансовые общества, народные предприятия, унитарные организации, реформа гражданского законодательства.

Annotation. The article discusses the evolution of the system of legal entities in the civil law of Russia after the perestroika period. The author shows the pattern of separation of legal entities into corporations and unitary organizations, gives a brief description of the reform of civil legislation in the sphere of legal entities, shows its advantages and disadvantages.
Keywords: corporate law, legal entity, corporations, business companies, SPV, joint stock companies of workers, unitary organizations, reform of civil legislation.

Юридические лица, как следует из п. 2 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), наряду с гражданами являются основными участниками гражданского оборота. В этой связи особое значение приобретает задача поиска оснований классификации юридических лиц и построения системы данных правосубъектных образований. Право, как хорошо известно, «в конечном счете обусловлено экономическим

базисом»[324], поэтому решение поставленной задачи требует учета уровня развития социально-экономических отношений. Игнорирование этого очевидного суждения приводит к тому, что даже самая совершенная норма, не соответствующая экономической реальности, будет носить исключительно декларативный характер.

Ярким примером может служить правовая норма, получившая в свое время закрепление в п. 3 ст. 30 Закона РСФСР от 24 декабря 1990 г. № 443-1 «О собственности в РСФСР»[325]. Из ее диспозиции следовало, что ущерб, нанесенный собственнику преступлением, должен был возмещаться государством по решению суда. В свою очередь понесенные при этом государством расходы надлежало взыскивать с виновного в судебном порядке в соответствии с законодательством РСФСР. Ценность данной нормы для защиты прав потерпевшего бесспорна. Однако реальные доходы государственного бюджета не позволяли обеспечить ее применение. Как результат — ст. 25 Закона РФ от 14 мая 1993 г. № 4966-1 «О республиканском бюджете Российской Федерации на 1993 год»[326], согласно которой действие указанной нормы на 1993 г. было приостановлено. В 1994 г. ситуация повторилась[327], а с 1 января 1995 г. Закон РСФСР «О собственности в РСФСР» утратил силу в связи с введением в действие первой части ГК РФ[328].

Задача поиска оснований построения системы юридических лиц усложняется в период коренной ломки существующих в обществе производственных отношений, которая, например, произошла в России по итогам Октябрьской революции 1917 года.

---

324 *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Курс лекций. Том I. Основные вопросы общей теории социалистического права // Собрание сочинений. В 10 т. Т. 3. М.: Статут. 2010. С. 48.

325 Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1990. № 30. Ст. 416.

326 Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 22. Ст. 794.

327 Федеральный закон от 01.07.1994 № 9-ФЗ «О федеральном бюджете на 1994 год» // СЗ РФ. 1994. № 10. Ст. 1108.

328 Статья 2 Федерального закона от 30.11.1994 № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3302.

Как писал С.И. Аскназий: «Разрешение проблемы юридического лица в советском праве связано с особыми трудностями, буржуазному праву неизвестными. Трудности эти относятся главным образом к проблеме государственных юридических лиц»[329]. Ведущая роль государственной промышленности в общей системе советского хозяйства, по справедливому замечанию А.В. Венедиктова, оказала прямое воздействие и на построение системы юридических лиц[330].

Реформы периода перестройки, наоборот, были направлены на снижение доли государственного участия в экономике посредством поддержки создания кооперативных организаций[331] и различного рода переходных образований на пути от государственного предприятия к частному юридическому лицу. Примером таких переходных форм могли служить арендные и коллективные предприятия[332].

В постперестроечной России основы построения системы юридических лиц были закреплены в четвертой главе первой части ГК РФ, вступившей в силу 8 декабря 1994 г.[333] До этого юридические лица создавались в организационно-правовых формах, предусмотренных четвертой главой Закона РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности»[334]. Существование системы юридических лиц, закрепленной в ГК РФ, стало возможным благодаря построению в России основ рыночной экономики. Сказанное

[329] *Аскназий С.И.* Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М.: Статут, 2008. С. 448.

[330] *Венедиктов А.В.* Правовая природа государственных предприятий // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. I. М.: Статут. 2004. С. 219.

[331] Закон СССР от 26.05.1988 № 8998-XI «О кооперации в СССР» // Ведомости ВС СССР. 1988. № 22. Ст. 355.

[332] Пункт 2 ст. 11 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик, утв. ВС СССР 31.05.1991 № 2211-1 // Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

[333] Статья 6 Федерального закона от 30.11.1994 № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3302.

[334] Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 30. Ст. 418.

особенно справедливо в отношении акционерных обществ, обладающих правом размещать свои акции по открытой подписке, массовое создание которых было обусловлено процессом приватизации государственного и муниципального имущества.

Итак, новый экономический уклад предопределил появление соответствующей ему системы юридических лиц. В основе построения этой системы лежало разграничение правосубъектных организаций на коммерческие и некоммерческие. В качестве первичного критерия деления юридических лиц была выбрана основная цель их деятельности. Юридическое лицо, преследующее извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности, признавалось коммерческой организацией, юридическое лицо, не имеющее извлечение прибыли в качестве такой цели и не распределяющее полученную прибыль между участниками, напротив, получало статус некоммерческой организации (п. 1 ст. 50 ГК РФ).

Данный критерий практически сразу же был подвергнут критике со стороны ряда ученых. Так, В.А. Рахмилович и Т.Л. Левшина писали следующее: «Когда извлечение прибыли является основной целью организации, а когда — побочной, в реальной жизни определить бывает довольно трудно; одна цель может специально прикрывать другую, поэтому данный признак остается малопригодным для отграничения некоммерческих организаций от коммерческих»[335]. Более того, сам законодатель не всегда последовательно придерживался установленного критерия. Так, являвшееся некоммерческой организацией потребительское общество, преследующее цели удовлетворения материальных и иных потребностей своих членов, наделялось как правом осуществлять предпринимательскую деятельность, так и правом распределять полученные при этом доходы между членами (ст. 5 Закона РФ от 19 июня 1992 г. № 3085-1 «О потребительской кооперации (потребительских обществах и их союзах) в Российской

[335] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). 3-е издание, исправленное, переработанное и дополненное / под ред. О.Н. Садикова (авторы комментария к ст. 50 ГК РФ: В.А. Рахмилович и Т.Л. Левшина). М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М. 2005.

Федерации»[336]). Мало соответствовали статусу некоммерческой организации и негосударственные пенсионные фонды, чья деятельность фактически была направлена на извлечение прибыли.

Помимо этого, рассматриваемый классификационный критерий мог искусственно разделять единую организационно-правовую форму юридического лица. К примеру, учредители сельскохозяйственного кооператива вправе были создавать его как в качестве коммерческой, так и в виде некоммерческой организации. Соответственно, в первом случае это был производственный кооператив, а во втором — потребительский (ст. 1 Федерального закона от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации»[337]).

Производные критерии классификации юридических лиц устанавливались главным образом для коммерческих организаций. В особую группу выделялись хозяйственные общества и товарищества. Хозяйственные общества характеризовались в качестве объединений капиталов, где личность участника отходит на второй план, а определяющее значение имеют его вклады в уставный капитал общества. Так, специальные законы о хозяйственных обществах устанавливали специальные требования к величине их минимальных уставных капиталов (п. 1 ст. 14 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»[338]; ст. 26 Федерального закона от 26 декабря 1995 г., № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»[339]). Какие-то особые требования к личности участника хозяйственного общества, напротив, отсутствовали. Одному и тому же участнику хозяйственного общества не запрещалось приобретать статус участника иных хозяйственных обществ. Участники хозяйственного общества также не отвечали по его обязательствам, а несли лишь риск убытков, связанных с его деятельностью, в пределах стоимости принадлежащих им долей (акций). Небольшим исключением из этого правила выступали так на-

[336] Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1788.
[337] СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4870.
[338] СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.
[339] СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

зываемые общества с дополнительной ответственностью, которым была посвящена лишь одна 95 статья ГК РФ.

В противоположность хозяйственным обществам в хозяйственных товариществах личность участника играла определяющую роль, в связи с чем такие товарищества назывались объединениями лиц. К величине минимального складочного капитала данных юридических лиц не предъявлялось никаких требований, поскольку полные товарищи (комплиментарии) как в полном товариществе, так и в товариществе на вере (коммандитном товариществе) несли ответственность по его обязательствам своим имуществом (п. 1 ст. 69, п. 1 ст. 82 ГК РФ).

Успех или неудача в осуществлении предпринимательской деятельности хозяйственным товариществом зависели от деловых качеств комплиментариев, поскольку они наделялись правом действовать от имени товарищества. Отсюда и многочисленные ограничения на вступление в товарищество новых участников и на расширение объема правомочий существующих комплиментариев. К примеру, передача полным товарищем своей доли в складочном капитале товарищества другому участнику либо третьему лицу допускалась лишь с согласия остальных участников полного товарищества (ч. 1 ст. 79 ГК РФ).

Разделение коммерческих организаций на хозяйственные общества и товарищества не было лишено некоторой степени условности, поскольку в хозяйственных обществах личность участника могла иметь существенное значение. Примером служили общества, состоявшие из одного лица или имевшие ярко выраженного мажоритарного участника. Более того, в обществах с ограниченной ответственностью права участника нередко обусловливались не величиной его вклада в уставный капитал общества, а личными качествами. Такие права именовались дополнительными и не переходили с отчуждением доли в уставном капитале общества к ее приобретателю (п. 2 ст. 8 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»).

Отклонение от нормы могло наблюдаться и в хозяйственных товариществах, когда умалялось значение личности его отдельных участников. Дело в том, что ведение дел товарищества

иногда поручалось одному или некоторым участникам. Остальные участники для совершения сделок от имени товарищества должны были иметь доверенность от лица, на которого возлагалось ведение дел товарищества (п. 1 ст. 72 ГК РФ). Очевидно, что роль этих остальных участников в деятельности товарищества отходила на второй план. В таком смешении акцентов, характерном не только для нашей правовой системы, некоторые исследователи усматривают тенденцию «персонализации объединения капиталов и капитализации объединения лиц»[340].

Что касается остальных коммерческих организаций, то их закрепление в тексте ГК РФ оказалось своеобразной данью традиции. К таким организациям можно отнести производственные кооперативы, выделенные по признаку личного трудового участия, а также государственные и муниципальные предприятия, посредством которых публичные образования принимали участие в хозяйственной деятельности.

Для некоммерческих организаций выработка производных классификационных критериев оказалась трудноосуществимой хотя бы потому, что их перечень являлся открытым, и федеральными законами (помимо ГК РФ) могли предусматриваться многочисленные разновидности некоммерческих организаций, плохо поддающиеся вторичной классификации. Примером может служить Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»[341].

В итоге в рамках ГК РФ такую классификацию решили не проводить, ограничившись произвольным перечислением отдельных некоммерческих организаций.

Однако вскоре установленная Гражданским кодексом классификация юридических лиц была нарушена. В законодательстве появились акционерные общества работников (народные предприятия), которые формально относились к разновидности закрытых акционерных обществ, но фактически представляли

[340] *Беренс П.* Правовое положение товариществ и обществ. Предпринимательское право // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. М.: БЕК, 2001. С. 307.

[341] СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145.

собой самостоятельный вид коммерческой организации[342]. С помощью народных предприятий планировалось обеспечить заинтересованность наемных работников в повышении эффективности деятельности юридического лица.

В отличие от классического акционерного общества, где правовой статус акционера определяется количеством и категорией (типом) принадлежащих ему акций, в народном предприятии все происходит иначе. Там для правового статуса акционера особое значение имеет наличие между ним и обществом трудовых отношений. Так, акционеры, не являющиеся работниками народного предприятия, имеют право в любое время продать по договорной цене принадлежащие им акции, на них также распространяются правила о выкупе акций. Право работников-акционеров распоряжаться акциями существенно ограничено. Достаточно сказать, что с прекращением трудовых отношений принадлежащие им акции должны быть реализованы в порядке, предусмотренном п. 4—7 ст. 6 Федерального закона «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)».

Кроме того, в народных предприятиях часто применяется правило голосования, мало соответствующее акционерной форме предпринимательской деятельности. Решения по десяти вопросам из пятнадцати, отнесенным в п. 1 ст. 10 Федерального закона «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)» к исключительной компетенции общего собрания акционеров, принимается по принципу «один акционер — один голос».

Отличия народных предприятий от традиционных акционерных обществ этим не ограничиваются[343]. В итоге количество отличительных признаков народного предприятия перешло в новое качество, в результате чего акционерное общество работ-

[342] Федеральный закон от 19.07.1998 № 115-ФЗ «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)» // СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3611.

[343] Более подробно см.: *Ломакин Д.В.* Что такое народное предприятие? // Законодательство. 1998. № 11. С. 20.

ников стало *de facto* новым юридическим лицом, что нарушило закрепленный в ГК РФ принцип *numerus clausus* коммерческих организаций. Неудивительно, что акционерные общества работников не получили широкого распространения в России.

За время применения положений четвертой главы ГК РФ накопилось много эмпирического материала, анализ которого свидетельствовал о необходимости реформирования кодекса. Система юридических лиц, построение которой было обусловлено новым экономическим укладом, нуждалась в дальнейшем совершенствовании. Тринадцатилетнее действие кодекса ознаменовалось подписанием 18 июля 2008 г. Указа Президента РФ № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»[344]. Совету при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства и Исследовательскому центру частного права при Президенте Российской Федерации было поручено в срок до 1 июня 2009 г. разработать концепцию развития гражданского законодательства Российской Федерации.

Указанная концепция была подготовлена в срок и одобрена 7 октября 2009 г. Затем Президенту был представлен проект, предусматривающий внесение изменений более чем в 600 статей ГК РФ. На законопроект поступили многочисленные замечания со стороны Минэкономразвития России, затрагивающие главным образом его положения о юридических лицах и обязательствах. Президент поручил согласовать указанные замечания с текстом законопроекта. Наличие существенных противоречий в позициях в итоге привело к созданию согласительной группы, которую возглавил министр юстиции РФ. В результате ее работы был подготовлен некий компромиссный вариант текста изменений в ГК РФ, представленный 31 января 2012 г. президенту РФ. Однако и ему не суждено было стать законом.

В итоге было принято решение проводить реформирование текста кодекса по частям. Изменения в четвертую главу ГК РФ были внесены в 2014 г. на основании Федерального закона от

[344] Российская газета. Федеральный выпуск от 23.07.2008. № 4712.

5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в четвертую главу части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»[345].

Ключевой новеллой проведенной реформы в сфере построения системы юридических лиц стало их разделение на корпорации и унитарные организации. Слово «корпорация» произошло от латинского выражения *corpus habere*, которое римские юристы использовали для обозначения союзной связи людей с юридической личностью. Сам термин *corporatio* в классическом римском праве не употреблялся[346]. Только лишь в XIX веке известный немецкий правовед Георг Арнольд Гейзе обосновал целесообразность разграничения юридических лиц, основанных на началах участия (членства) — корпораций, и не имеющих членства — учреждений (фондов)[347].

Такого подхода придерживается и отечественный законодатель. Как следует из п. 1 ст. 65.1 ГК РФ? юридические лица, учредители (участники) которых обладают правом участия (членства) в них и формируют их высший орган, являются корпоративными юридическими лицами (корпорациями). Легальное определение термина «корпорация» во многом снизило остроту научной полемики относительно понятия корпорации[348].

Поскольку корпорация является разновидностью юридического лица (п. 1 ст. 65.1 ГК РФ), постольку к корпорациям применима общая классификация юридических лиц. Выделяют коммерческие и некоммерческие корпорации. К числу первых законодатель отнес хозяйственные товарищества и общества, крестьянские (фермерские) хозяйства, хозяйственные партнерства и производственные кооперативы (§ 2 четвертой главы ГК РФ).

---

[345] СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2304.

[346] Более подробно см.: Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М.: Статут, 2000. С. 31–33.

[347] Там же. С. 67, 141.

[348] См. об этом: *Ломакин Д.В.* Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. С. 41–79.

Вторую группу составляют потребительские кооперативы, общественные организации, общественные движения, ассоциации (союзы), адвокатские палаты, являющиеся юридическими лицами адвокатские образования, нотариальные палаты, товарищества собственников недвижимости, казачьи общества, внесенные в государственный реестр казачьих обществ в Российской Федерации, а также общины коренных малочисленных народов Российской Федерации (§ 6 четвертой главы ГК РФ).

Ключевой характеристикой корпорации является то, что эта разновидность юридического лица основана на началах участия (членства). Корпорация — это правосубъектный союз юридических и физических лиц, объединивших свои усилия для совместного осуществления определенного вида деятельности. Такой подход последовательно отстаивается в актах Конституционного Суда РФ[349]. Правовой формой, опосредующей участие (членство) в корпорации, является корпоративное правоотношение.

Таким образом, термины «участие» и «членство» характеризуют правовую связь, опосредующую принадлежность лица к корпорации. Термин «участие» используется для того, чтобы подчеркнуть второстепенное значение личных качеств субъекта по сравнению с его вкладом в имущество корпорации.

Термин «членство» обозначает особую роль личностных характеристик субъектов, принадлежащих к корпоративной структуре. Его использование в большей степени характерно применительно к некоммерческим корпоративным органи-

[349] Постановление Конституционного Суда РФ от 24.10.1996 № 17-П «По делу о проверке конституционности части первой статьи 2 Федерального закона от 7 марта 1996 года “О внесении изменений в Закон Российской Федерации ‘Об акцизах’» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. № 5; Постановление Конституционного Суда РФ от 24.02.2004 № 3-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 74 и 77 Федерального закона “Об акционерных обществах”, регулирующих порядок консолидации размещенных акций акционерного общества и выкупа дробных акций, в связи с жалобами граждан, компании “Кадет Истеблишмент” и запросом Октябрьского районного суда города Пензы» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 2.

зациям, чья деятельность напрямую не связана с извлечением прибыли. К примеру, о членстве говорится в отношении потребительских кооперативов (ст. 123.2, 123.3 ГК РФ), ассоциаций и союзов (ст. 123.8–123.11 ГК РФ), товариществ собственников недвижимости (ст. 123.12–123.14 ГК РФ) и т. д.

Членство, в отличие от участия, оформляет более тесные отношения между корпорацией и входящими в ее состав лицами, объединившимися для совместного решения определенных задач. Вместе с тем проведенное терминологическое различие во многом носит условный характер, поскольку значение личности участника (члена) корпорации зависит не столько от ее разновидности, сколько от его положения, которое он занимает в рамках отдельно взятой корпорации. Неслучайно сам законодатель не всегда придерживается указанного разграничения. Так, в отношении производственного кооператива (артели) употребляется как термин «член», производный от членства, так и термин «участник», происходящий от участия (п. 1 ст. 106.1 ГК РФ). Более того, в п. 1 ст. 65.2 ГК РФ понятие «участник корпорации» использовано в качестве родового, охватывающего видовые разновидности: участник, член, акционер.

Вспомогательный признак корпоративной организации заключается в наличии высшего органа, сформированного участниками (членами) корпорации. Второстепенное значение данного признака проявляется в том, что он не всегда характеризует корпорацию. К примеру, в хозяйственных партнерствах управление делами корпорации со стороны ее участников может происходить в процессе исполнения соглашения об управлении партнерством (ст. 6 Федерального закона от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах»[350]). В таком случае использования корпоративной структуры не требуется.

Правда, и основной признак корпорации присутствует не всегда. Так, общественное движение является некоммерческой корпорацией (ст. 123.7-1 ГК РФ). Однако в силу ч. 1 ст. 9 Федерального закона от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных

[350] СЗ РФ. 2011. № 49 (ч. 5). Ст. 7058.

объединениях»[351] общественное движение состоит из участников, однако не имеет членства. При этом в силу п. 2 ст. 123.7-1 ГК РФ положения этого закона имеют приоритет над нормами ГК РФ. Общественное движение обладает лишь вторым признаком корпорации, поскольку его высшим руководящим органом является съезд (конференция) или общее собрание.

Особое значение корпорации предопределено той ролью, которая отведена ей в корпоративных правоотношениях. Она является не только субъектом данных правоотношений, но и *condicio sine qua non* их существования. Указанные правоотношения обусловлены либо участием в корпорации, либо управлением ею (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Участники (члены) корпорации могут меняться. При этом не исключается возможность существования корпоративных правоотношений с участием данной корпорации. Корпорация как субъект таких правоотношений не может быть заменена. С ликвидацией корпорации прекращаются возникающие с ее участием корпоративные правоотношения. Другие лица могут быть субъектами таких правоотношений лишь постольку, поскольку являются участниками (членами) корпорации или участвуют в управлении ею.

В отличие от корпораций, унитарные организации членства не имеют. Они, как и корпорации, подразделяются на коммерческие и некоммерческие. К первым отнесены государственные и муниципальные унитарные предприятия, ко вторым — фонды, учреждения, автономные некоммерческие организации, религиозные организации, государственные корпорации и публично-правовые компании (абз. 2 п. 1 ст. 65.1 ГК РФ).

В действующем ГК РФ перечень некоммерческих организаций по подобию коммерческих юридических лиц является исчерпывающим. Соответственно, появление новых разновидностей юридических лиц в силу п. 2.1 ст. 3 ГК РФ возможно лишь на основании отдельного закона, которым вносятся изменения в текст самого кодекса. Примером могут служить нотариальные палаты, признанные самостоятельной разновидностью не-

[351] СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930.

коммерческих корпораций Федеральным законом от 7 февраля 2017 г. № 12-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации в части установления отдельной организационно-правовой формы для Федеральной нотариальной палаты и нотариальных палат субъектов Российской Федерации»[352].

Однако эта норма соблюдается далеко не всегда. Конечно, законодатель прямо не вводит новые организационно-правовые формы юридических лиц в обход ГК РФ. Однако, как уже было в случае с народными предприятиями, фактически в рамки существующих форм вписываются неизвестные ранее юридические лица. Наглядной иллюстрацией к сказанному может служить история с появлением так называемых специализированных обществ, призванных структурировать процесс секьюритизации активов[353]. Они считаются разновидностью хозяйственных обществ. Поскольку специализированные общества играют ключевую роль в процессе секьюритизации, постольку особенности их правового статуса были установлены Федеральным законом от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»[354].

Исходя из смысла п. 9 ст. 15.1 Федерального закона «О рынке ценных бумаг», специализированные общества могут создаваться как в организационно-правовой форме акционерного общества, так и в форме общества с ограниченной ответственностью. Применение в отношении специализированных обществ отдельных положений, содержащихся в актах корпоративного законодательства, прямо исключено. Речь, в частности, идет о случаях, перечисленных в п. 9, 10 ст. 15.2 Федерального закона «О рынке ценных бумаг».

Согласно п. 1 ст. 15.1 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» выделяется два основных вида специализированного

[352] СЗ РФ. 2017. № 7. Ст. 1031.

[353] Более подробно см.: Ломакин Д.В. Влияние института секьюритизации активов на систему юридических лиц // в сборнике «Социально-экономические и правовые проблемы повышения эффективности Российской экономики» / под ред. А.П. Сысоева, М.С. Халикова, А.И. Усова. М.: Университетская книга, 2016. С. 59–69.

[354] СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

общества — это специализированное финансовое общество и специализированное общество проектного финансирования. В пункте 2 ст. 15.1 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» определены предмет и цели деятельности специализированных обществ. Правоспособность специализированных обществ, в отличие от классических хозяйственных обществ, является специальной, поскольку ограничивается целями их деятельности, прямо предусмотренными законом.

Специализированные общества могут быть созданы только путем учреждения, а формирование их уставных капиталов возможно только денежными средствами (п. 1 ст. 15.2 Федерального закона «О рынке ценных бумаг»). Специализированные общества не вправе принимать решение об уменьшении уставного капитала, соответственно, невозможно в этих целях и приобретение собственных акций (долей). Специализированное финансовое общество, кроме того, не может быть добровольно реорганизовано.

Требования к уставу специализированного общества изложены в ст. 15.2 Федерального закона «О рынке ценных бумаг». Наиболее важным здесь является возможность третьих лиц, не являющихся участниками специализированного общества, принимать участие в управлении этой организацией. Так, устав специализированного общества может содержать перечень вопросов, решения по которым принимаются с согласия владельцев облигаций специализированного общества или иных его кредиторов. Очевидно, что это не имеет ничего общего с природой классического хозяйственного общества, где высшим органом управления является общее собрание участников, без функционирования которого деятельность общества станет невозможной.

Особенности корпоративного управления не ограничиваются влиянием третьих лиц на работу общего собрания участников специализированного общества, что можно продемонстрировать на примере специализированного финансового общества. Там полномочия единоличного исполнительного органа должны быть переданы коммерческой организации (управляющей компании), соответствующей требованиям ст. 15.3 Федерального закона «О рынке ценных бумаг». Помимо этого, в нем не изби-

раются ни совет директоров, ни ревизионная комиссия, а также не создается коллегиальный исполнительный орган. В дополнение к сказанному специализированное финансовое общество не имеет штата работников и не вправе заключать трудовые договоры. Все изложенное выше мало напоминает хозяйственное общество, правовой статус которого закреплен в ГК РФ.

Еще одним важным нововведением, появившимся в ходе реформирования четвертой главы ГК РФ, стало фактическое стирание граней между объединениями лиц, в которых нет прямой зависимости между объемом прав участников и величиной их вкладов в складочный капитал, и объединениями капиталов, для которых такая связь, напротив, характерна. Согласно абз. 2 п. 1 ст. 66 ГК РФ, объем правомочий участников хозяйственного общества определяется пропорционально их долям в уставном капитале общества. Вместе с тем иной объем правомочий участников непубличного хозяйственного общества может быть предусмотрен уставом общества, а также корпоративным договором. Для этого требуется внесение сведений о наличии такого договора и о предусмотренном им объеме правомочий участников общества в единый государственный реестр юридических лиц.

Следует заметить, что и до вступления в силу нового положения абз. 2 п. 1 ст. 66 ГК РФ в обществах с ограниченной ответственностью наблюдался определенный отход от обусловленности объема корпоративных прав, которыми обладают участники хозяйственного общества, величиной их доли в уставном капитале. Помимо прав, предусмотренных законом, устав такого общества может предоставлять иные права (дополнительные права) участника (участников). Они связаны с личностью конкретного участника, в силу чего не переходят к новому участнику вместе с приобретением доли в уставном капитале общества у обладателя дополнительных прав[355].

Применительно к акционерным обществам подобные исключения ранее не наблюдались. Понимание акционерного общества как объединения капиталов неоднократно демонстри-

[355] Пункт 2 ст. 8 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью».

ровалось в актах Конституционного Суда РФ. К примеру, в определении от 11 апреля 1997 г. № 53-О указывалось, что все права члена акционерного общества вытекают из его права собственности на определенное количество акций в данном акционерном обществе, а членство в акционерном обществе производно от права собственности, т. е. количества акций, находящихся в собственности члена акционерного общества[356].

В акционерных обществах ни устав и тем более ни корпоративный договор не являются источниками прав акционеров. Учредительный документ создает лишь предпосылку для эмиссии акций, воплощающих в себе корпоративные права, закрепленные в решении о выпуске ценных бумаг (абз. 2 п. 1 ст. 142 ГК РФ). Именно решение о выпуске ценных бумаг является тем документом, который содержит данные, достаточные для установления объема прав, закрепленных ценной бумагой[357]. Соответственно, эмиссионная ценная бумага, каковой является акция, закрепляет имущественные права в том объеме, в котором они установлены в решении о выпуске ценных бумаг[358].

Как следует из п. 3 ст. 17 ФЗ «О рынке ценных бумаг», акционерное общество не вправе изменять решение о выпуске акций в части объема прав по акции, установленных этим решением, после начала размещения эмиссионных ценных бумаг, за исключением случаев, установленных указанным законом. Таким образом, объем корпоративных прав, удостоверяемых акцией, не может произвольно изменяться ни уставом непубличного акционерного общества, ни тем более корпоративным договором. Данные обстоятельства позволяют охарактеризовать положения абз. 2 п. 1 ст. 66 ГК РФ в части непубличных акционерных обществ как непроработанные и не согласованные с законодательством в сфере рынка ценных бумаг.

---

[356] Определение Конституционного Суда РФ от 11.04.1997 № 53-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Алексеева Владимира Николаевича как не соответствующей требованиям Федерального конституционного закона “О Конституционном Суде Российской Федерации”» // Приводится по СПС «КонсультантПлюс».

[357] Часть 12 ст. 2 Федерального закона «О рынке ценных бумаг».

[358] Часть 3 ст. 18 Федерального закона «О рынке ценных бумаг».

Подводя краткий итог, заметим, что в настоящее время в Российской Федерации сложилась система юридических лиц, в целом соответствующая рыночному экономическому укладу. Вместе с тем эта система нуждается в совершенствовании. Реформирование законодательства о юридических лицах должно проводится с учетом неукоснительного соблюдения ключевых критериев классификации юридических лиц и принципа *numerus clausus*, распространяющегося в настоящее время как на коммерческие, так и на некоммерческие организации.

Библиография:

1. *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Курс лекций. Том I. Основные вопросы общей теории социалистического права // Собрание сочинений. В 10 т. Т. 3. М.: Статут, 2010.
2. *Аскназий С.И.* Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М.: Статут, 2008.
3. *Беренс П.* Правовое положение товариществ и обществ. Предпринимательское право // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. М.: БЕК, 2001.
4. *Венедиктов А.В.* Правовая природа государственных предприятий // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. I. М.: Статут, 2004.
5. *Ломакин Д.В.* Влияние института секьюритизации активов на систему юридических лиц // В сб. «Социально-экономические и правовые проблемы повышения эффективности Российской экономики» / под ред. А.П. Сысоева, М.С. Халикова, А.И. Усова. М.: Университетская книга, 2016.
6. *Ломакин Д.В.* Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008.
7. *Ломакин Д.В.* Что такое народное предприятие? // Законодательство. 1998. № 11.
8. *Суворов Н.С.* Об юридических лицах по римскому праву. М.: Статут, 2000.

3.2. Организационно-правовые формы коммерческих юридических лиц: проблемы текущего состояния и пути совершенствования российского законодательства

Аннотация. В статье анализируется сущность организационно-правовой формы юридического лица, а также специфика регулирования предпринимательской деятельности в отдельных сферах или при определенных обстоятельствах. Авторы приходят к выводу, что оптимизация системы организационно-правовых форм коммерческих юридических лиц, совокупность которых призвана адекватно решать задачи экономики, традиционно является одной из приоритетных задач юриспруденции. В статье показана и поддержана позиция Е.П. Губина по вопросу целей правового регулирования рыночной экономики — обеспечение свободы предпринимательской деятельности и поддержание эффективного развития бизнеса при обеспечении баланса интересов всех субъектов, включая публичный интерес.
Ключевые слова: организационно-правовая форма, правое регулирование, юридические лица, корпоративное право.

Annotation. The article analyzes the essence of the legal form of a legal entity, as well as the specifics of the regulation of entrepreneurial activity in certain areas or under certain circumstances. The authors come to the conclusion that the optimization of the system of organizational and legal forms of commercial legal entities, the totality of which is designed to adequately solve the problems of the economy, is traditionally one of the priorities of jurisprudence. The article shows and supports position of E.P. Gubin on purposes of legal regulation of market economy which include supporting freedom of entreprenuer activity and maintenance of effective development of business subject to assurance of balance of interest of all persons, including public interest.
Keywords: legal form, legal regulation, legal entities, corporate law.

Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem[359]

В современный период российское корпоративное право находится в поиске своего баланса, стабильности и идентичности. Этот поиск проявляется в потоке несистемных, точечных, зачастую противоречивых изменений[360]; большом количестве публикаций представителей профессионального юридического сообщества с критикой законодательства при отсутствии действенного анализа поступающих замечаний и реакции на такие замечания со стороны законодателя; в догматической направленности правоприменительной практики, обусловленной традицией императивного прочтения норм корпоративного законодательства, при очевидной потребности в свободе саморегулирования, выражаемой сообществом предпринимателей, зачастую некритичных заимствованиях практики корпоративного управления и структурирования сделок из иностранных правопорядков, вплоть до деформации языка американизмами и другими иностранными словами в отсутствие адекватных терминов в русском юридическом языке[361]. Все приведенное — маркеры существующих проблем в отечественном корпоративном законодательстве и корпоративном праве.

Причина такого состояния российского корпоративного права в первой четверти XXI века очевидна — слабая разработка основных понятий современного корпоративного права. Наука корпоративного права в настоящее время вряд ли может быть названа зрелой — мы не наблюдаем сложившихся и имеющих длительную историю научных школ, устоявшегося понятийного аппарата, единообразных представлений о ключевых понятиях, принципах, институтах корпоративного права. Вследствие системных проблем наука корпоративного права пока не

[359] *Не следует множить сущее без необходимости* (т.н. правило «бритвы Оккама»).

[360] *Суханов Е А.* Реформа Гражданского кодекса Российской Федерации: балансы и компромиссы // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2016. № 6. С. 20–36.

[361] Яркой иллюстрацией этого являются так называемые сделки M&A.

справляется с запросами практики, не поспевая за изменяющейся реальностью. И это понятно: ведь по-прежнему нет определенности по вопросу о сущности корпоративных правоотношений[362] и даже о необходимости классификации юридических лиц на корпоративные и унитарные[363]. Пока не будут найдены ответы на ключевые вопросы, трудно помогать практике строить оптимальное правовое регулирование.

Незрелость современной науки корпоративного права обусловлена отсутствием «бэкграунда», длительным временем и социально-политическим водоразделом, отделяющим современный период от дореволюционной классической литературы в сфере корпоративного права[364], ранней советской доктрины[365]. Как известно, в более поздний советский период получили развитие только направления, связанные с кооперативами, трестами и внутрихозяйственными отношениями, а также критическим анализом буржуазной практики корпоративного управления[366]. Возрождение науки корпоративного права началось с 90-х годов и ознаменовалось принятием ряда важнейших нормативных правовых актов в области предпринимательства: Положения об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью, утвержденного постановлением Совета Министров СССР от 19 июня 1990 г. № 590[367], Закона РСФСР от 25 де-

[362] Дискуссию о правовой природе корпоративных отношений см.: *Шиткина И.С.* Корпоративное право России: состояние и вектор развития // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2017. № 4. С. 51.

[363] *Габов А.В.* Корпоративное законодательство России в 2014–2015 годах: состояние, достижения, проблемы, основные дискуссии и перспективы развития // Национальный доклад по корпоративному управлению. Вып. VIII. М., 2015; *Гутников О.В.* Глава 1: Виды юридических лиц в российском гражданском праве // Юридические лица в российском гражданском праве: Монография / отв. ред. А.В. Габов. Т. 2: Виды юридических лиц в российском законодательстве. М., 2015. С. 51.

[364] Н.С. Суворов, В.Б. Ельяшевич, Л.Л. Герваген, П.Н. Гуссаковский, А.И. Каминка, В.А. Краснокутский, В.Я. Максимов, Л.И. Петражицкий, И.Т. Тарасов, Г.Ф. Шершеневич.

[365] И.Л. Брауде, Ю.Г. Басин, С.Н. Братусь, Н.Г. Вавин, А.В. Венедиктов, В.Ю. Вольф, В.П. Грибанов, О.А. Красавчиков, С.Н. Ландкоф, В.Н. Шретер.

[366] М.И. Кулагин, В.В. Лаптев, В.П. Мозолин, В.А. Мусин, Р.О. Халфина, Б.Б. Черепахин, В.С. Якушев.

[367] СП СССР. 1990. № 15. Ст. 82.

кабря 1990 г. № 445-I «О предприятиях и предпринимательской деятельности»[368], Закона РСФСР от 24 декабря 1990 г. № 443-I «О собственности в РСФСР»[369], Положения об акционерных обществах, утвержденного постановлением Совета Министров РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 601[370]. Именно с этого периода началось развитие современного корпоративного законодательства и его исследование в трудах современных ученых[371].

Включение корпоративных отношений в число гражданско-правовых (ст. 2 ГК РФ) требовало бы полноценного регулирования в том же объеме, как это имеет место для вещных, обязательственных отношений. Совершенно очевидно, что без разработки целостной концепции регулирования корпоративных отношений бланкетной нормы ст. 307[1] ГК РФ о том, что на требования, вытекающие из корпоративных отношений, распространяются положения об обязательствах, недостаточно. Представляется, что при наличии положений о юридических лицах в ГК РФ и специальных законах о корпоративных организациях надлежащая законодательная база для регулирования корпоративных отношений пока не создана. Необходимы системная (не фрагментарная)[372] модернизация специального

[368] Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 30. Ст. 418.

[369] Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1990 № 30. Ст. 416.

[370] СП РСФСР. 1991. № 6. Ст. 92.

[371] В.А. Белов, А.В. Габов, Е.П. Губин, В.В. Долинская, В.С. Ем, Н.В. Козлова, Д.В. Ломакин, О.А. Макарова, А.А. Маковская, С.Д. Могилевский, Л.А. Новоселова, Ю.С. Поваров, Е.А. Суханов, С.Ю. Филиппова, И.С. Шиткина.

[372] Известны многочисленные случаи, когда внесение изменений в специальный федеральный закон для целей его приведения в соответствие с ГК РФ не только не обеспечивает этого соответствия, но и порождает новые коллизии. Например, противоречие между п. 21 ст. 48 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – Закон об акционерных обществах) в редакции Федерального закона от 29.06.2015 № 210-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» и подп. 1 п. 3 ст. 663 ГК РФ о возможности перераспределения компетенции от общего собрания к коллегиальному органу управления и/или к коллегиальному исполнительному органу (см.: Особенности развития современного корпоративного законодательства и тенденции правоприменительной практики // Вестник экономического правосудия. 2018. № 9. С. 45–65).

законодательства о юридических лицах, его согласование с положениями ГК РФ.

Существует несколько зачастую не скоординированных центров по совершенствованию корпоративного законодательства, самыми известными из которых являются Межведомственная рабочая группа при Правительстве РФ (образована распоряжением Правительства РФ от 12 сентября 2018 г. № 1922-р[373]), Рабочая группа по корпоративному законодательству Экспертного совета по корпоративному управлению при Минэкономразвития России[374]. Мнение крупного бизнеса выражают эксперты Национального совета по корпоративному управлению и Комитета по корпоративным отношениям Российского союза промышленников и предпринимателей. Каждая группа представляет тот или иной интерес и по мере своих возможностей способствует продвижению собственного замысла и внедрению его в отечественную правовую систему. В результате несогласованной деятельности изменения российского законодательства, которые мы можем наблюдать в последние годы, во многом оказываются конъюнктурными, лоббируются теми или иными заинтересованными группами. О сбалансированности корпоративного законодательства говорить и вовсе не приходится.

Как справедливо замечает Е. Губин, «главная причина несовершенства законодательства, его недостатков заключается в том, что оно не отражает и не решает реальные потребности и задачи рыночной экономики, экономической политики и практики»[375]. Чтобы обеспечить требуемую от законодателя взвешенность, необходима четкая и ясная постановка цели — то есть описание ожидаемого результата регулирования корпора-

[373] Распоряжение Правительства РФ от 12.09.2018 № 1922-р «Об образовании межведомственной рабочей группы по подготовке предложений по совершенствованию системы корпоративного управления» // СЗ РФ. 2018. № 39. Ст. 5987.

[374] Рабочая группа образована министром экономического развития РФ М.С. Орешкиным (протокол от 14.09.2018 № 23-МО).

[375] *Губин Е.П.* Право как инструмент решения экономических проблем современной России // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2012. № 2. С. 5.

тивных отношений в качестве идеального мыслимого представления, основанного на понимании баланса интересов[376]. А в этой части, к сожалению, особой ясности нет. Для того чтобы заметить перекосы в текущем регулировании, нужно находиться вне оцениваемой системы — именно поэтому роль научного осмысления не заменить ни лобби, ни мнением регуляторов, ни зарубежными рецепциями. Очевидно, что сегодня направление исследования правовой политики — аксиология права — оказывается недостаточно развитым.

Каковы же приоритеты в понимании цели правового регулирования отношений в области корпоративного права? По мнению Е. Губина, «основная задача государства — обеспечение свободы предпринимательской деятельности и поддержание эффективного развития бизнеса, что выражается в создании для него благоприятных условий и защите, с одной стороны, интересов общества, каждого гражданина в отдельности от недобросовестных предпринимателей, а с другой — предпринимателей от недобросовестного нарушения их прав»[377]. Действительно, проблема обеспечения баланса интересов — одна из остро стоящих перед наукой проблем, в том числе это касается и науки корпоративного права. Как обеспечить свободу предпринимательской деятельности, не ограничив при этом базовые права и ценности граждан?

В настоящей статье авторы представляют свои соображения относительно ожидаемого идеального результата урегулирования корпоративных отношений, основанного на разумно понимаемом балансе интересов всех участников. Для своего прогноза авторы избрали тему о том, какой должна быть система коммерческих юридических лиц в современном российском праве, какие организационно-правовые формы коммерческих юридических лиц нужны российской экономике. Данная проблема является насущной в силу ряда причин.

[376] *Филиппова С. Ю.* Российское частное право: принцип системности и социокультурный контекст // Закон. 2017. № 11.

[377] *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 23.

Поскольку в настоящее время нередко поднимается вопрос о необходимости унификации корпоративного законодательства и его упрощении, следует обсудить целесообразность такой унификации, ее пределы и чем должны быть обусловлены различия в правовом статусе определенных субъектов в области корпоративного права. Кроме того, насущным является вопрос глобализации экономики, создания и функционирования транснациональных корпораций, листинга акций российских компаний и депозитарных расписок на зарубежных фондовых биржах, что требует стандартизации ключевых корпоративных институтов и их интеграции в общепризнанную систему корпоративного управления. Обе проблемы весьма сложные, любое из решений сопряжено с огромными рисками для отечественной экономики и правовой системы, поэтому требуется вдумчивое их осмысление с точки зрения соотнесения ожидаемой пользы и риска каждого из вариантов — национальной обособленности российской правовой системы или более тесной интеграции с мировым корпоративным опытом при сохранении традиционного вопроса: с каким направлением интегрироваться — англосаксонским или континентальным?

Современная ситуация осложнена также тем, что в последние годы российское право вообще и корпоративное право в частности столкнулись с неожиданным вызовом, связанным с непредсказуемостью политической системы, влиянием международных отношений на частные отношения, что привело к необходимости разработки системы риск-менеджмента внутри организаций, в отдельных отраслях экономики и в государстве в целом. Коммерческие организации как основное звено экономики оказались на первой линии данного процесса, а система корпоративного управления должна надлежащим образом реагировать на возникающие в коммерческих корпорациях риски[378]. Все три названные проблемы так или иначе упираются в

[378] В связи с этим отметим и позитивно оценим внесенные Федеральным законом от 19.07.2018 № 209-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об акционерных обществах”» в Закон об акционерных обществах изменения, касающиеся системы риск-менеджмента, внутреннего аудита и контроля // СЗ РФ. 2018. № 30. Ст. 4544.

проблему оптимизации организационно-правовых форм коммерческих юридических лиц, совокупность которых должна адекватно решать задачи рыночной экономики, государства, предпринимателей, граждан и иных заинтересованных лиц. Вопрос о разработке и внедрении четкой системы юридических лиц неоднократно вставал перед законодателем и учеными. Идею об установлении исчерпывающего перечня сначала коммерческих, а затем и всех вообще юридических лиц практически удалось реализовать в ГК РФ с внесением в него изменений Федеральным законом от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»[379]. В настоящее время в Кодексе упомянуты следующие организационно-правовые формы коммерческих юридических лиц: полное и коммандитное товарищество, крестьянское фермерское хозяйство, хозяйственное партнерство, общество с ограниченной ответственностью, акционерное общество, производственный кооператив, государственное и муниципальное унитарное предприятие (от общества с дополнительной ответственностью зако-

[379] При этом заметим, что такие некоммерческие организации, как государственные корпорации, не названы в ГК РФ среди организационно-правовых форм, и в соответствии с п. 5 ст. 3 Закона № 99-ФЗ (с изменениями, внесенными Федеральным законом от 03.07.2016 № 236-ФЗ) со дня вступления в силу этого Закона (с 01.09.2014, СЗ РФ, 12.05.2014, № 19, ст. 2304) действует запрет создавать юридические лица в иных организационно-правовых формах, чем те, которые предусмотрены главой 4 ГК РФ. Однако созданные на момент вступления указанного Закона в силу государственные корпорации продолжают существовать в российской правовой системе и действуют на основании специального федерального закона о каждой корпорации. В текущий момент существует шесть государственных корпораций и одна государственная компания: Государственная корпорация по атомной энергии «Росатом», Государственная корпорация по содействию разработке, производству и экспорту высокотехнологичной промышленной продукции «Ростех», Агентство по страхованию вкладов, Государственная корпорация — Фонд содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства, ГК «Банк развития и внешнеэкономической деятельности (Внешэкономбанк)», Государственная корпорация по космической деятельности «Роскосмос», Государственная компания «Российские автомобильные дороги».

нодатель в ходе корпоративной реформы отказался). Отметим, что не все названные организационно-правовые формы нашли детальную регламентацию в Кодексе. Так, хозяйственные партнерства лишь упомянуты, но не урегулированы на уровне ГК РФ. Крестьянские (фермерские) хозяйства (далее — КФХ) как юридические лица (ст. 86^{1} ГК РФ) хотя и выделены в качестве самостоятельной организационно-правовой формы, однако не урегулированы, что вполне объяснимо, поскольку по существу КФХ представляют собой не что иное, как полное товарищество, осуществляющее деятельность в сфере сельскохозяйственного производства[380].

ГК РФ содержит указание на ряд «специальных» коммерческих корпораций с характерными особенностями регулирования. Так, в п. 7 ст. 66 в числе прочих названы специализированные финансовые общества, специализированные общества проектного финансирования, клиринговые организации, управляющие компании инвестиционных фондов, народные предприятия и пр. Зачастую особенности этих организаций настолько существенны, что возникает сомнение, действительно речь идет лишь об особенностях организационно-правовой формы либо следует ставить вопрос о выделении отдельного вида юридического лица. К тому же такое значительное количество сфер правового регулирования, в которых предусмотрены особенности организационно-правовых форм хозяйственного общества, размывает понятие и специфику соответствующего вида юридического лица и может вводить в заблуждение участников оборота. Полагаем, что число отраслей (сфер правового регулирования), где организационно-правовая форма хозяйственного общества имеет определенную специфику, должно быть ограниченно и веско обоснованно.

Представляется, что говорить о полной систематизации коммерческих организаций в современном российском корпоративном праве пока преждевременно. Неслучайно на необходимость разграничения наиболее близких организационно-правовых

[380] *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С. 141.

форм на предмет достаточности/избыточности правового инструментария, которым обладает та или иная форма юридического лица, как основы стратегии развития российского корпоративного законодательства указано в Протоколе Рабочей группы по совершенствованию корпоративного законодательства Экспертного совета по корпоративному управлению при Минэкономразвития России (протокол от 8 октября 2018 г. № 16Д-22).

Так, малочисленные ***народные предприятия***, исходя из Федерального закона от 19 июля 1998 г. № 115-ФЗ «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)»[381], являются разновидностью акционерных обществ[382], однако особенности обращения акций такого общества, права акционеров, структура органов управления и порядок принятия решений заставляют всерьез сомневаться в правильности позиции законодателя называть эти организации акционерными обществами. Мы полностью поддерживаем те критические замечания, которые были высказаны в адрес народных предприятий в п. 1.1 раздела III Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.[383]), равно как и разделяем идеи об исключении народных предприятий из числа допущенных к участию в обороте.

Активно осуществляют предпринимательскую деятельность через подконтрольные им структуры ***государственные корпорации***, будучи при этом некоммерческими унитарными организациями. Особенность объединений, созданных на базе

---

[381] Российская газета. 1998. № 142.

[382] Критику конструкции народного предприятия как разновидности акционерного общества можно обнаружить у подавляющего большинства специалистов (см., например: *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014, С. 45, 131; *Ломакин Д.В.* Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. С. 266–271).

[383] Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

государственных корпораций, состоит в сочетании коммерческой деятельности и реализации возложенных на них функций государственного регулирования. Попыткой уйти от организационно-правовой формы государственных корпораций было принятие специального закона о новой организационно-правовой форме унитарной некоммерческой организации — публично-правовой компании (Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 236-ФЗ «О публично-правовых компаниях в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации») (далее — Закон о публичных компаниях)[384], которая, в частности, могла быть создана путем реорганизации государственной корпорации. Заметим, что эта идея осталась нереализованной: с момента принятия закона создана только одна публично-правовая компания — Фонд защиты прав граждан — участников долевого строительства (Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 218-ФЗ «О публично-правовой компании по защите прав граждан — участников долевого строительства при несостоятельности (банкротстве) застройщиков и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»[385]).

По состоянию на 1 декабря 2018 г. в ЕГРЮЛ 86 % составляют коммерческие организации, из них 96,7 % — общества с ограниченной ответственностью; 2,14 % — акционерные общества; 0,34 % — производственные кооперативы; 0,02 % — товарищества; 0,48 % — унитарные коммерческие организации; 0,31 % — прочие коммерческие организации[386]. Таким образом, коммерческие корпорации составляют 99 % от общего числа коммерческих организаций, и подавляющее большинство из них созданы в форме хозяйственного общества[387]. Если рас-

[384] Российская газета. 2016. № 146.

[385] Российская газета. 2017. № 169.

[386] В числе прочих организаций, не отраженных самостоятельной строкой в ЕГРЮЛ, в частности, находятся хозяйственные партнерства, созданные в соответствии с Федеральным законом от 03.12.2011 № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» (далее — Закон о хозяйственных партнерствах) // Российская газета. 2011. № 278.

[387] URL: www.nalog.ru

сматривать статистику применительно к хозяйственным обществам, то можно увидеть, что общества с ограниченной ответственностью составляют 97,7 % от общего числа хозяйственных обществ с тенденцией к росту (к примеру, в 2010 г. эта цифра была равна 94,6 %); открытые акционерные общества составляют около 18 % от всех акционерных обществ и примерно 0,4 % от всех хозяйственных обществ. Среди открытых акционерных обществ число публичных обществ, чьи акции обращаются на бирже, значительно меньше. Отметим, что де-юре в настоящее время акционерные общества делятся на публичные (ПАО) и не имеющие статуса публичных акционерные общества (АО). При этом акционерные общества, ранее созданные как открытые или закрытые, не обязаны менять свою организационно-правовую форму и фирменное наименование (пп. 9–11 ст. 3 Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ[388]), а потому они дефакто продолжают существовать и сегодня числятся в ЕГРЮЛ. Большинство из российских АО — это открытые акционерные общества, многие из которых были созданы в результате приватизации государственного имущества в 1990-е годы и еще не привели свой статус в соответствие с реформированным в 2014 г. законодательством.

При этом акционерных обществ, которые являются публичными не «на бумаге», а фактически, то есть, чьи акции котируются на бирже, гораздо меньше. Так, по состоянию на 1 декабря 2018 г. в котировальные списки Московской биржи были включены акции 222 публичных акционерных обществ[389].

Возникает вопрос, является ли текущий набор организационно-правовых форм коммерческих юридических лиц оптимальным, и если нет, то почему. В размышлениях на эту тему можно исходить из двух базовых идей: свобода предпринимательства

[388] Федеральный закон от 05.05.2014 № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2304.

[389] URL: https://www.moex.com/ru/listing/securities.aspx

требует разнообразия форм для учета различных потребностей, а потому организационно-правовых форм коммерческих юридических лиц должно быть настолько много, насколько позволит обусловленная практическим запросом фантазия законодателя; все потребности оборота могут быть стандартизованы и приведены под «общий знаменатель», с тем чтобы число допущенных к обороту организационно-правовых форм было минимально возможным (в идеале две — публичное и непубличное хозяйственное общество). Между этими крайними идеями можно увидеть и обсудить немало промежуточных вариантов. Итак, для ответа на вопрос следует определить, какие организационно-правовые формы необходимы в современных российских экономических реалиях и для каких нужд?

Чтобы наши рассуждения не выглядели умозрительно, рассмотрим конкретную ситуацию. В одном из розничных магазинов Москвы авторы настоящей статьи приобрели газированную воду «Тархун», произведенную федеральным казенным предприятием «Курская биофабрика — фирма «БИОК». Встают вопросы: является ли оправданным выбор для производителя газированной воды организационно-правовой формы государственного казенного предприятия (имущество которого принадлежит ему на праве оперативного управления и находится в собственности Российской Федерации); действительно ли производитель газированной воды, будучи казенным предприятием, чья правоспособность ограничена в соответствии с законом и порядок осуществления деятельности которого регулируется специальным законом, предусматривающим ряд ограничений, может быть продавцом по договору поставки продовольственного товара в торговую сеть? Представляется, что ответ на эти вопросы должен быть отрицательным. Организационно-правовая форма государственного казенного предприятия предназначена вовсе не для производства и продажи газированной воды, так что все механизмы установления специального правового режима для этой организационно-правовой формы в рассматриваемом случае напоминают стрельбу из пушки по воробьям.

Приведенный пример остро ставит вопрос о том, какова сфера использования государственных и муниципальных предприятий. Подобные вопросы в практической плоскости могут возникнуть и в отношении других организационно-правовых форм.

Создание ГУПов и МУПов должно быть ограничено сферой деятельности, которая является либо сугубо прерогативой государства для обеспечения безопасности страны и ее граждан (оборонная промышленность, производство денежных знаков, недропользование, инфраструктурные естественные монополии и пр.), либо не представляет интереса для предпринимателей в связи с низкой доходностью, но вынужденно должна осуществляться государством или муниципалитетами с целью выполнения необходимых социально значимых функций. В анализируемой ситуации производство газированной воды вряд ли обеспечивает реализацию каких-то функций государства: дефицита и острой социальной потребности в газированной воде в обществе не наблюдается, национальная безопасность этим производством не обеспечивается — вообще никаких государственных задач эта деятельность не решает. Для данного производства вполне подошла бы организационно-правовая форма хозяйственного общества, которое могло бы быть создано тем же федеральным бюджетным предприятием или непосредственно Российской Федерацией в лице соответствующего органа.

Для того чтобы разобраться в перспективах развития организационно-правовых форм коммерческих организаций, предлагаем рассмотреть ключевые содержательные различия между организационно-правовыми формами коммерческих юридических лиц.

Представляется, что ***основой предпринимательского оборота должна быть коммерческая корпорация*** в связи со следующими ее преимуществами:

— сбалансированная система корпоративного управления, предполагающая учет интересов разных лиц, включая как непосредственно субъектов корпоративных отношений, так

и третьих лиц, например, инвесторов, кредиторов[390], работников организации[391];

- возможность учесть интересы государства в организационной форме хозяйственного общества. Известными механизмами участия государства в управлении хозяйственными обществами являются «золотая акция», директивное голосование по наиболее значимым вопросам компетенции органов управления хозяйственных обществ;
- понятная, прозрачная система распределения прибыли в хозяйственном обществе. Помимо установленной процедуры распределения прибыли в корпоративном законодательстве предусмотрены ограничения на выплату дивидендов, которые учитывают интересы кредиторов корпорации (см., например, ст. 43 Закона об акционерных обществах[392]);
- право собственности на имущество корпорации у самой корпорации, что более пригодно для устойчивого предпринимательского оборота (невозможность изъятия учредителями внесенного имущества, что можно наблюдать применительно к унитарным организациям, учрежденным государством или муниципальным образованием);
- по общему правилу, отсутствие ограничения правоспособности корпорации в соответствии с законом;
- возможность исключить участника из многочленной корпорации для преодоления его деструктивного влияния на общее дело;

[390] Например, п. 9 ст. 672 ГК РФ предусматривает возможность заключения квазикорпоративного договора с участием кредиторов, инвесторов или иных третьих лиц, имеющих законный интерес.

[391] Так, в Федеральном законе от 03.08.2018 № 315-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в целях обеспечения участия представителей работников в заседаниях коллегиального органа управления организации» сделана первая попытка учета интересов работников акционерного общества — предусмотрена возможность участия представителей работников в заседаниях коллегиального органа управления организации с правом совещательного голоса // Российская газета. 2018. № 171.

[392] Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // Российская газета. 1995. № 248.

— возможность привлечь инвестиции от нескольких участников для укрепления имущественной базы корпорации.

Все эти преимущества корпорации не могут быть использованы в унитарных организациях. Поэтому даже когда государство или муниципальное образование, либо созданное ими унитарное юридическое лицо, планирует заниматься предпринимательской деятельностью, не связанной с реализацией публичных задач, выбор следует делать в пользу коммерческой корпорации. Возникает вопрос: как же адекватно и в интересах общества и государства обеспечить участие в обороте юридических лиц, осуществляющих публично-правовые функции?

Указанные задачи решаются путем создания корпораций с государственным участием[393] и установления особенностей их правового регулирования, состоящих, например, в исключении применения режима сделок с заинтересованностью для хозяйственных обществ с государственным участием, в ограничении размывания доли участия государства в уставном капитале, в установлении особенностей управления компаниями с государственным участием[394].

Особенности управления акционерными обществами с государственным участием установлены Постановлением Правительства РФ от 3 декабря 2004 г. № 738 «Об управлении находящимися в федеральной собственности акциями акционерных обществ и использовании специального права на участие Российской Федерации в управлении акционерными обществами («золотой акции»)»[395] и, в частности, предполагают директивное голосование по наиболее значимым вопросам повестки дня общего собрания и совета директоров. При этом те, кто сталки-

[393] Об участии государства в корпоративных отношениях см.: Корпоративное право: учебный курс: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2017 (автор главы — Е.П. Губин).

[394] Об особенностях управления компаниями с государственным участием см.: Национальный доклад по корпоративному управлению. Выпуск X. Глава VI «Исследование эффективности корпоративного управления в компаниях с госучастием» / Национальный совет по корпоративному управлению. М., 2018.

[395] Российская Бизнес-газета. 2004. № 48.

вался в своей практике с деятельностью хозяйственных обществ с государственным участием, отмечают, что множество сложностей принятия решений советами директоров таких хозяйственных обществ возникает в связи с невыдачей или несвоевременной выдачей директив на голосование уполномоченным государственным органом, а также с низким качеством подготовки соответствующих решений. С нашей точки зрения, необходимо более детально урегулировать участие государства в корпоративном управлении организаций с государственным участием, в том числе *путем разработки и утверждения административного регламента участия государства в управлении*.

В этом документе должен быть императивно регламентирован предельный срок выдачи директив на голосование в коллегиальных органах управления и установлено, что при несоблюдении срока и отсутствии директивы в указанный срок член коллегиального органа может голосовать по своему усмотрению, а если он отказывается это делать, используется восполняющее отсутствующее волеизъявление замещающее голосование, формируемое как присоединяемое к большинству. Тем самым снимается проблема невозможности принять решение советом директоров при отсутствии выданной уполномоченным государственным органом директивы. Например, если совет директоров должен одобрить крупную сделку, однако два из пяти членов совета директоров, которые должны голосовать согласно директиве, не получили таковую, а один из членов совета не явился на заседание, формирование воли общества по вопросу об одобрении сделки проблематично. Мы предлагаем в данном случае принять решение в отсутствие директивы — либо члены совета директоров, не получившие директиву, голосуют по своему усмотрению, либо, если они не делают этого, их отсутствующее волеизъявление заменяется тем решением, которое примут два остальных члена совета директоров. Такой способ регламентации будет стимулировать государственные органы, подготавливающие директиву на голосование, к своевременному согласованию позиции для голосования.

Говоря об имущественной ответственности государства как контролирующего акционера, отметим, что на основании анализа действующего законодательства мы не усматриваем особенностей регулирования этой ответственности по сравнению с ответственностью других акционеров и считаем, что государство должно нести ответственность за некачественное управление, если такое управление причинило ущерб управляемому обществу. При этом полагаем, что государство при привлечении его к имущественной ответственности все же не должно быть обезличено. Государство представляют уполномоченные органы в лице конкретных должностных лиц, которые должны быть привлечены к материальной и дисциплинарной ответственности при наличии соответствующих оснований. Если государство будет давать директивы на голосование или обязательные указания, не спрашивая за их последствия с того, кто их подготовил, прогресс в повышении эффективности управления корпорациями с государственным участием не наступит. Конечно, на должностных лиц распространяются нормы трудового законодательства, и их дисциплинарная и материальная ответственность будет определяться этими нормами. Поскольку материальная ответственность работника в соответствии с нормами трудового законодательства ограничена размером среднего заработка, привлечением к такой ответственности должностных лиц вряд ли можно добиться возмещения убытков, восстановления имущественного положения хозяйственного общества с государственным участием, однако применение мер материальной ответственности будет иметь существенное превентивное воздействие, выступать негативным мотиватором к повышению ответственности чиновников за эффективное управление государственной собственностью[396].

Возвращаясь к теме госкорпораций и рассматривая ее в перспективном аспекте, отметим, что ***использование организационно-правовой формы государственной корпорации в пред-***

[396] Об основаниях и особенностях ответственности государства как акционера см.: *Шиткина И.С.* Имущественная ответственность государства в корпоративных правоотношениях // Закон. 2017. № 5. С. 171–182.

принимательской деятельности должно быть лимитировано в связи с ее специальной правоспособностью, ограниченной ответственностью и особым правовым режимом имущества. Так, авторам статьи известен пример, когда одна из госкорпораций, учрежденная для управления ограниченным в обороте имуществом, на базе своего актива учредила общество с ограниченной ответственностью, в котором в рамках стимулирующих программ предоставила долю участия в уставном капитале генеральному директору — физическому лицу. После его смерти доля в уставном капитале была унаследована рядом физических лиц, включая несовершеннолетних. Парадоксальность этой ситуации очевидна: получилось, что участвовать в управлении ограниченным в обороте имуществом стратегической отрасли могут, по сути, случайные люди, к тому же не обладающие дееспособностью. По счастью, проблему удалось урегулировать без катастрофических последствий — наследникам была выплачена действительная стоимость доли умершего, и в состав участников их не включили. Государственная корпорация извлекла уроки из случившегося и прописала во внутренних документах запрет на предоставление долей участия в создаваемых обществах физическим лицам. Однако очевидно, что указанная ситуация является яркой иллюстрацией имеющейся проблемы.

Государственные корпорации должны разделить функции: в части осуществления предпринимательской деятельности на базе закрепленного имущества следует создавать коммерческие корпоративные организации, тогда как публичные функции, в том числе государственного регулирования отрасли, должны быть переданы соответствующим государственным органам. Так, преобразование в акционерное общество уже осуществила государственная корпорация «Российская корпорация нанотехнологий» (РОСНАНО). Заметим, что такое преобразование не было трудноосуществимым именно в силу того, что корпорация изначально и не имела полномочий по государственному регулированию.

В текущей ситуации стало очевидным, что упомянутый Закон о публичных компаниях не сподвиг государственные кор-

порации к преобразованию в публичные общества и, по сути, вообще не применяется, поэтому может быть признан утратившим силу как не исполнивший возложенных на него задач.

Теперь перейдем непосредственно к корпоративным коммерческим организациям.

Нужны ли российской правовой системе такие организационно-правовые формы юридических лиц, как хозяйственные партнерства, финансовые общества, производственные кооперативы, крестьянские (фермерские) хозяйства?

Представляется, что из числа организационно-правовых форм вполне ***могут быть исключены хозяйственные партнерства.*** Эта организационно-правовая форма, которая получила различные оценки специалистов — от восторженных[397] до глубоко критичных[398], как и задумывалось изначально, могла бы найти наибольшее применение в инвестиционной сфере, венчурном финансировании, где вкладывающие свои средства инвесторы и кредиторы на период возврата инвестиций хотят оказывать определенное влияние на бизнес, а значит, принимать участие в управлении бизнесом. Причина, почему хозяйственные партнерства не получили широкого распространения, в частности, состоит в несовершенстве правового регулирования этого вида корпораций. Например, трудно объяснить, как мыслится ведение предпринимательской деятельности организацией, которой законом прямо запрещено рекламировать такую деятельность (п. 5 ст. 2 Закона о хозяйственных партнерствах), почему коммерческая организация не может участвовать в других хозяйственных обществах (п. 7 ст. 2 этого Закона), в связи с чем законодатель не установил необходимые инструменты для надлежащего корпоративного управления этой корпорацией (непрозрачная структура органов управления, отсутствие правового режима совершения крупных сделок, сделок с заинтересованностью, передачи доли в складочном капитале и др.). Указанные обстоятельства, а также весьма неясный статус субъ-

[397] *Степанов Д.И.* URL: http://www.epam.ru/rus/publications/view/hozyaistvennye-partnerstva-v-rossii

[398] *Суханов Е.А.* Интервью // Законодательство. 2012. № 1. С. 6.

ектов, допущенных к управлению на основании соглашения об управлении хозяйственным партнерством, порождают обоснованные сомнения инвесторов в безопасности и эффективности использования данной формы. Кроме того, развитие отдельных корпоративных инструментов применительно к традиционным коммерческим организациям — хозяйственным обществам, например, корпоративного или так называемого «квазикорпоративного» договора (п. 9 ст. 67^2 ГК РФ), в соответствии с которым участники общества могут отказаться от своих корпоративных прав полностью или частично в интересах третьих лиц, позволяет решать стоящие перед бизнесом задачи с использованием привычных правовых средств, без привлечения новых, непроверенных, таких как хозяйственное партнерство.

С нашей точки зрения, ***из российской правовой системы должны быть исключены такие разновидности хозяйственных обществ, как специализированные финансовые общества и специализированные общества проектного финансирования***[399]. Специализированные финансовые общества — это глубоко измененная специальным законом форма хозяйственного общества, в которой нет ни органов, ни работников, в отношении которой не применяется значительное число институтов корпоративного права. Особенности их организации и деятельности позволяют ученым сделать вывод о том, что специализированные финансовые общества и общества проектного финансирования не соответствуют признакам хозяйственного общества[400].

---

[399] Согласно главе 31 «Специализированное общество» (введена в раздел II Федерального закона «О рынке ценных бумаг» Федеральным законом от 21.12.2013 № 379-ФЗ) в форме акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью в соответствии с Законом о рынке ценных бумаг могут быть созданы *специализированное финансовое общество* (СФО) и *специализированное общество проектного финансирования* (СОПФ).

[400] *Суханов Е.А.* Предпринимательские корпорации в новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 13, 17, 77; *Филиппова С.Ю.* Критика «чистого юридического лица»: специализированное финансовое общество — новая организационно-правовая форма коммерческого юридического лица или разновидность хозяйственного общества? // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2014. № 3. С. 77.

Как было отмечено ранее, из числа коммерческих корпораций без каких-либо потерь для рыночной экономики может быть исключена такая организационно-правовая форма, как крестьянское (фермерское) хозяйство, поскольку не имеет каких-либо специфических признаков по отношению к полному товариществу.

Возникает вопрос и о необходимости сохранения организационно-правовой формы производственного кооператива. Исследование законодательства и практики приводит к выводу, что единственное базовое отличие производственного кооператива, которое было остро актуальным и востребованным во времена НЭП, в советский период и на заре перестройки — личное трудовое участие физических лиц — членов, сегодня потеряло актуальность, поскольку имеется множество современных форм совместной предпринимательской деятельности граждан. К тому же существует ряд проблем правового статуса производственного кооператива, к которым относятся: а) субсидиарная ответственность членов кооператива по его долгам; б) принцип «демократического самоуправления»[401] в кооперативе, который создает слабую управляемость кооперативом. Правило «один член — один голос» приводит к невозможности учета имущественного вклада члена в имущество кооператива, к уравниловке в правах и обязанностях, а возможность общего собрания принять к рассмотрению любой вопрос (пп. 1, 2 ст. 15 Федерального закона от 8 мая 1996 г. № 41-ФЗ «О производственных кооперативах») (далее — Закон о производственных кооперативах)[402] делает невозможным формирование воли кооператива как юридического лица; в) недостаточная защищенность в связи с изъятием части имущества кооператива в «неделимый фонд», не учитываемый при определении стоимости пая, причитающегося выходящему или исключаемому члену; г) слабая оборотоспособность пая. Передача пая (части пая) гражданину, не являющемуся членом кооператива, допускается лишь с согласия кооператива, при ус-

[401] Корпоративное право: учебник / отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2019 (автор параграфа — С.А. Карелина). С. 141.

[402] Российская газета. 1996. № 91.

ловии принятия приобретателя пая (части пая) в члены кооператива общим собранием членов; д) возможность исключения члена кооператива из его состава без обращения в суд. Решение об исключении члена кооператива принимается общим собранием членов кооператива двумя третями голосов присутствующих (пп. 1, 2 ст. 15 Закона о производственных кооперативах[403]). Анализ правового статуса производственного кооператива, таким образом, приводит к выводу, что даже позитивная оценка истории кооперативного движения в отечественной экономике сегодня не дает оснований для сохранения кооперативов в качестве самостоятельной формы коммерческих корпораций.

Заметим, что слабая востребованность той или иной организационно-правовой формы сама по себе не служит однозначным основанием для ее исключения из системы юридических лиц. Так, нераспространенность в современной российской экономике хозяйственных товариществ, с нашей точки зрения, не является поводом для устранения этой организационно-правовой формы из отечественной правовой системы в связи с ее достаточной разработанностью и с отсутствием правовых дефектов[404].

Представляется, что одна из проблем, препятствующих распространению товариществ в современной практике, состоит в недостаточной информированности субъектов о преимуществах правоотношений с такой организацией в силу ее повышенной надежности как должника. Повышенная надежность обеспечивается ответственностью полных товарищей по обязательствам товарищества всем своим имуществом. К тому же отсутствие в товариществе органов управления и возможность выступать в обороте от имени товарищества, предоставленная законом каждому товарищу, упрощает оборот с участием товариществ. На-

[403] См. об этом подробнее: *Козлова Н.В., Филиппова С.Ю.* Незаслуженно забытый? (К вопросу о правовом статусе производственного кооператива) // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2018. № 6.

[404] См. об этом подробнее: *Козлова Н.В., Филиппова С.Ю.* Полные товарищества: новая жизнь старой формы (комментарий статей 69–81 ГК РФ) // Законодательство. 2015. № 2.

личие потребности в такой простой организационно-правовой форме осознается профессиональным сообществом, что хорошо иллюстрируется, в частности, тем обстоятельством, что один из типовых уставов обществ с ограниченной ответственностью, разработанных Министерством экономического развития РФ (устав № 32)[405], содержит именно такую структуру управления в качестве варианта для указанных обществ[406]. Если решение установить такую возможность для общества с ограниченной ответственностью представляется спорным с точки зрения законности, то для товариществ именно такая конструкция является базовой. Полагаем, что, ***если российскому законодателю удастся обеспечить сбалансированное регулирование и выявить преимущества товариществ, эта организационно-правовая форма могла бы стать основной для ведения мелкого бизнеса.*** В развитие этой мысли предлагаем дополнить ст. 807 ГК РФ (глава 42 «Заем и кредит») п. 8 следующего содержания: «Если заемщиком выступает полное или коммандитное товарищество и действительной стоимости имущества полных товарищей такого товарищества достаточно для обеспечения возврата займа, то заем предоставляется без дополнительного обеспечения, если иное не предусмотрено договором». Введение такой диспозитивной нормы разъяснит субъектам особенности правового статуса товариществ и сделает их организационно-правовую форму более привлекательной для предпринимателей.

Вернемся ***к хозяйственным обществам как основной форме коммерческой организации, по сути, составляющей фундамент российской экономики.*** Как было отмечено, хозяйственные общества составляют 96 % от общего числа коммерческих организа-

405 Приказ Минэкономразвития России от 01.08.2018 № 411 «Об утверждении типовых уставов, на основании которых могут действовать общества с ограниченной ответственностью». URL: http://www.pravo.gov.ru

406 Согласно п. 10 Типового устава № 32 «при наличии в Обществе более одного участника каждый участник Общества, действуя совместно с остальными участниками Общества, осуществляет полномочия единоличного исполнительного органа Общества (директора) до тех пор, пока не перестанет быть участником Общества».

ций. Конечно, такой активный выбор хозяйственного общества для осуществления предпринимательской деятельности не случаен. Очевидно, что рассматриваемый вид юридического лица является наиболее удобным для решения задач, стоящих перед субъектами предпринимательской деятельности. В настоящей статье мы не будем останавливаться на многочисленных достоинствах указанной организационно-правовой формы: она проверена временем, практикой, известна большинству зарубежных правопорядков. Выбор российскими предпринимателями хозяйственных обществ из-за ограниченной ответственности их участников по долгам данного юридического лица характеризует эту корпоративную организацию в качестве «корпоративного щита» и отвечает основному предназначению юридического лица как персонифицированного имущества[407].

В последние несколько лет обсуждается ***вопрос о необходимости унификации законодательства о хозяйственных обществах.*** Идею такой унификации обычно обосновывают сходством между обществами с ограниченной ответственностью и непубличными акционерными обществами, общностью многих правовых институтов (уставный капитал, вклады в имущество, особенности совершения сделок и пр.). В профессиональном сообществе давно обсуждается принятие единого закона «О хозяйственных обществах»[408].

Размышления о достоинствах и недостатках унификации законодательства о хозяйственных обществах приводят нас к следующим выводам. С одной стороны, несомненны преимущества такой унификации. В частности, установление единых правил для всех участников оборота облегчит взаимоотношения с кредиторами, контрагентами, потребителями, сделает правила более понятными для иностранных инвесторов. Сведения в ЕГРЮЛ станут также унифицированными и удобными как для предпринимателей, так и для регистрирующих и прочих госу-

[407] *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С.15.

[408] Корпоративное право: учебный курс: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2017 (автор главы — И.С. Шиткина). С. 120–121.

дарственных органов. Например, сейчас применительно к обществам с ограниченной ответственностью список участников фиксируется в ЕГРЮЛ, а акционеры не указываются в государственном реестре. Единообразные требования закона ко всем хозяйственным обществам существенно облегчили бы стандартизацию условий договоров, заключаемых на торгах.

С другой стороны, недостатки и риски для самой корпорации и ее участников и в конечном итоге — для экономического оборота перевешивают видимые достоинства унификации. Так, унификация не позволила бы учесть индивидуальные особенности корпоративного управления, лишила бы выбора в системе управления, в составе и структуре органов юридического лица, их компетенции, исключила бы различия правового режима акций и долей, что существенно обеднило бы отечественное корпоративное право, обесценило все достижения науки корпоративного права и корпоративного законодательства, которые удалось получить за истекшие без малого 30 лет развития отечественной правовой системы. По нашему мнению, не стоит стремиться к единой организационно-правовой форме, которая объединит характеристики общества с ограниченной ответственностью и непубличного акционерного общества в одну организационно-правовую форму непубличной (закрытой) корпорации[409].

Принятие единого федерального закона «О хозяйственных обществах» вряд ли позволит избежать противоречий в регулировании, а достижение какого-либо уровня обобщения, выявление общих черт различных видов хозяйственных обществ, ценное для научного исследования, едва ли пригодно для утилитарного применения закона. Законодательство должно быть понятным, удобным и простым в применении. Не поддерживая

[409] Известно, что позиция о том, что российский законодатель стремится к такому решению, высказывается многими специалистами: *Бойко Т.С.* Защита прав и интересов миноритарных участников непубличного общества в праве России, США и Великобритании: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018. С. 52, 54. О возможности сближения правового регулирования обществ с ограниченной ответственностью и акционерных обществ, в том числе с помощью единого закона, пишет А.А. Кузнецов: *Кузнецов А.А.* Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. М.: Статут, 2017. С. 43, 114.

идею принятия единого федерального закона «О хозяйственных обществах», вместе с тем полагаем, что отдельные удачные решения, найденные в Законе об акционерных обществах, могут быть использованы в Законе об обществах с ограниченной ответственностью или наоборот, если это применимо и будет способствовать лучшему решению хозяйственных задач, стоящих перед соответствующими субъектами. Например, может быть унифицирован порядок внесения вкладов в имущество хозяйственного общества. С нашей точки зрения, более удачная норма на этот счет содержится в ст. 32^2 Закона об акционерных обществах. Вклад должен быть исключительно договорным и добровольным и на него не должно распространяться ограничение на дарение между коммерческими организациями, установленное подп. 4 п. 1 ст. 575 ГК РФ. Отсутствие таких норм в ст. 27 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»[410] приводит к дисбалансу в обеспечении и защите прав участников такого общества.

И последний момент, на котором хотелось бы остановиться в данной публикации.

Авторы этой статьи разграничивают цели выделения организационно-правовой формы юридического лица и специфику регулирования предпринимательской деятельности при определенных обстоятельствах, обусловленных особенностями целей, масштаба, сферы деятельности и пр. Так, существуют особенности регулирования естественных монополий, малого и среднего бизнеса, создания и деятельности градообразующих предприятий, заключающиеся в ограничениях или, напротив, предоставлении мер государственной поддержки соответствующим субъектам. ***Целью такого специального регулирования является «выравнивание» экономического положения этих субъектов для обеспечения их формального равенства, что не влияет на организационно-правовую форму юридического лица.***

Например, Федеральным законом от 3 августа 2018 г. № 290-ФЗ «О международных компаниях»[411] в российскую правовую

[410] Российская газета. 1998. № 30.
[411] Российская газета. 2018. № 170.

систему введено понятие ***«международная компания»***, позволяющее устанавливать особенности правового регулирования деятельности хозяйственных обществ, принявших решение об изменении своего личного закона в порядке редомициляции. Организационно-правовая форма такой международной компании — по-прежнему хозяйственное общество, несмотря на установленные законом специальные правовые режимы[412]. ***Предоставление налоговых льгот, государственных гарантий, субсидий и прочих мер поддержки или специального регулирования не может лежать в основе выделения самостоятельной организационно-правовой формы.***

Подведем итоги наших рассуждений:

1. Организационно-правовая форма юридического лица — юридическая оболочка, в которой осуществляется предпринимательская деятельность. Организационно-правовая форма должна соответствовать целям, экономической сути организации; форма всегда должна соответствовать содержанию, она вторична.

2. Из числа организационно-правовых форм без ущерба для российской экономики могут быть исключены хозяйственные партнерства, крестьянские (фермерские) хозяйства, производственные кооперативы (артели), а также такие разновидности хозяйственных обществ, как специализированные финансовые общества и специализированные общества проектного финансирования.

[412] Так, в соответствии с НК РФ данные компании получат освобождение от уплаты налога на прибыль своих контролируемых иностранных компаний, льготные ставки по дивидендным доходам. В Правительстве РФ обсуждаются и другие возможные преференции международным компаниям, продиктованные мотивом обеспечения возврата в Россию инвестированного за рубеж капитала. Некоторые из законодательных инициатив связаны с регулированием и в корпоративной сфере. Например, применительно к международным компаниям рассматривается возможность выпуска обыкновенных акций с разным объемом прав для каждого выпуска (п. 5 Протокола Рабочей группы по совершенствованию корпоративного законодательства Экспертного совета по корпоративному управлению при Минэкономразвития России от 08.10.2018 № 16-Д22).

3. Искусственное ограничение правоспособности коммерческих организаций — вредное для экономики явление. Ограничение правоспособности не должно быть связано с организационно-правовой формой юридического лица. Более правильно ограничивать правоспособность организации по предмету деятельности: банковская деятельность, страховая деятельность, биржи, ломбарды и пр. Такие ограничения должны быть оправданны, не должны быть многочисленными, размывающими базовые признаки той или иной организационно-правовой формы.

4. Создание государственных унитарных предприятий и муниципальных унитарных предприятий следует ограничивать сферой деятельности. Либо такая деятельность является сугубой прерогативой государства для обеспечения безопасности страны и ее граждан, либо она не интересна для предпринимателей в связи с низкой доходностью, но вынужденно должна осуществляться государством или муниципалитетами с целью выполнения необходимых социально-значимых функций.

5. Государство как контролирующий акционер должно нести имущественную ответственность за некачественное управление, если такое управление причинило ущерб управляемому обществу. При этом конкретные должностные лица, действующие от имени государства, также должны быть привлечены к материальной и дисциплинарной ответственности при наличии соответствующих оснований.

6. Использование организационно-правовой формы государственной корпорации в предпринимательской деятельности должно быть лимитировано в связи с ее специальной правоспособностью, ограниченной ответственностью и особым правовым режимом имущества. Государственные корпорации, осуществляющие предпринимательскую деятельность, должны стать коммерческими организациями, передав функции государственного регулирования соответствующим государственным органам.

7. Нераспространенность в современной российской практике хозяйственных товариществ, с нашей точки зрения, не

является поводом для устранения этой организационно-правовой формы из отечественной правовой системы в связи с ее достаточной разработанностью и с отсутствием правовых дефектов.

8. Унификация правового регулирования хозяйственных обществ может осуществляться путем взвешенного заимствования положительно зарекомендовавших себя особенностей регулирования акционерных обществ для обществ с ограниченной ответственностью, и наоборот. При этом такая унификация, с нашей точки зрения, не обусловлена необходимостью издания единого закона «О хозяйственных обществах».

9. Авторы этой публикации проводят четкое разграничение между организационно-правовой формой юридического лица и спецификой регулирования предпринимательской деятельности в отдельных сферах или при определенных обстоятельствах. Предоставление налоговых льгот и преференций, применение определенных ограничений к субъектам предпринимательской деятельности не может быть положено в основу выделения отдельной организационно-правовой формы юридического лица.

10. Оптимизация системы организационно-правовых форм коммерческих юридических лиц, совокупность которых призвана адекватно решать задачи экономики, традиционно является одной из приоритетных задач юриспруденции.

Библиография:

1. *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1.
2. *Губин Е.П.* Право как инструмент решения экономических проблем современной России // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2012. № 2.
3. *Козлова Н.В., Филиппова С.Ю.* Незаслуженно забытый? (К вопросу о правовом статусе производственного кооператива) // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2018. № 6.

4. *Козлова Н.В., Филиппова С.Ю.* Полные товарищества: новая жизнь старой формы (комментарий статей 69–81 ГК РФ) // Законодательство. 2015. № 2.
5. Корпоративное право: учебный курс: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2017.
6. *Ломакин Д.В.* Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008.
7. *Суханов Е.А.* Предпринимательские корпорации в новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 5–13.
8. *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014.
9. *Филиппова С.Ю.* Критика «чистого юридического лица»: специализированное финансовое общество — новая организационно-правовая форма коммерческого юридического лица или разновидность хозяйственного общества? // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2014. № 3.
10. *Шиткина И.С.* Корпоративное право России: состояние и вектор развития // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2017. № 4.

3.3. Некоммерческие организации и предпринимательство: правовые аспекты

Аннотация. В статье исследуются основные правовые проблемы, связанные с правом некоммерческих организаций на осуществление приносящей доход деятельности. Анализируются доктринальные подходы к соотношению понятий «предпринимательская деятельность» и «приносящая доход деятельность» некоммерческих организаций. Отдельное внимание в статье уделяется вопросам вмешательства государства в экономическую деятельность субъектов. Автор анализирует основные проблемы законодательного регулирования приносящей доход деятельности некоммерческих организаций с позиций реализации принципа равенства прав субъектов в сфере предпринимательства.
Ключевые слова: некоммерческая организация, приносящая доход деятельность, доход, прибыль, предпринимательская деятельность, законодательство, предпринимательство.

Annotation. The article discusses the main legal problems associated with the right of noncommercial (non-profit) organizations to implement income-generating activities. There are analyzed the doctrinal approaches to the relationship between the concepts of “business activity” and “income-generating activity” of noncommercial organizations. Special attention is devoted to the issues of government invasion of private relations, government intervention in the economic activities of legal entities. The author analyzes the main problems of legal regulation of income-generating activities of noncommercial organizations in light of the implementation of the principle of equal rights of subjects in the business sector of Russian economy.
Keywords: noncommercial (non-profit) organizations (NGO), income-generating activity, income, business activity, legislation, entrepreneurship.

Правовой статус некоммерческих организаций является предметом исследования небольшого круга ученых-юристов.

Еще меньшее количество авторов, пишущих о юридических лицах и правоспособности, занимается вопросом предпринимательской активности некоммерческих организаций.

Между тем единое экономическое пространство, свободное перемещение товаров, работ, услуг, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности, провозглашенные в Конституции РФ, ставят перед исследователями задачу совершенствования системы нормативного правового регулирования экономической деятельности в целях обеспечения равных возможностей для всех субъектов, участвующих в предпринимательской деятельности с использованием любых не противоречащих закону способов.

Анализ имущественного положения и источников формирования имущества некоммерческих организаций указывает на один из таких источников — «приносящую доход деятельность». Этот термин заменил ранее используемый законодателем и более привычный термин «предпринимательская деятельность». Приносящая доход деятельность некоммерческих организаций является одной из наименее разработанных в юридической науке областей, предметом острых научных дискуссий.

Понятие предпринимательской деятельности нашло свое отражение в Гражданском кодексе РФ. Доктринальное понимание было в значительной мере сформировано учеными школы хозяйственного права, в частности, кафедры предпринимательского права Московского государственного университета, возглавляемой на протяжении многих лет известным ученым, доктором юридических наук, профессором Евгением Парфирьевичем Губиным.

Гражданский кодекс РФ (далее — ГК РФ) определяет предпринимательскую деятельность как самостоятельную, осуществляемую на свой риск деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (п. 1 ст. 2 ГК РФ).

В отношении некоммерческих организаций с конца прошлого века доктрина использовала понятие «предпринимательская

деятельность», когда речь шла о платных услугах и производимых товарах этими юридическими лицами. Федеральными законами «О некоммерческих организациях»[413], «Об общественных объединениях»[414] было установлено, что некоммерческие организации вправе вести предпринимательскую деятельность с соблюдением специальных условий, продиктованных формой этих организаций. Несмотря на то что понятие предпринимательской деятельности, сформулированное в ГК РФ, отличается от понятия, содержащегося в других законодательных актах, регулирующих деятельность НКО, ученые кафедры предпринимательского права МГУ указывают, что независимо от названия доходная деятельность НКО часто квалифицируется как предпринимательская[415]. Такой же позиции придерживается и судебная практика. Так, Верховный Суд разъяснил, что на некоммерческие организации в части осуществления приносящей доход деятельности распространяются положения законодательства, применимые к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность[416].

В юридической доктрине на предмет совпадения понятий «приносящая доход деятельность» и «предпринимательская деятельность» в отношении некоммерческих организаций существуют противоположные мнения (Т.В. Сойфер, Ю.Г. Лескова и др.)[417]. Хотелось бы подчеркнуть, что наиболее отвечающей реалиям современной действительности является авторская точка зрения о том, что деятельность некоммерческой организации

---

[413] Принят 12.01.1996 № 7-ФЗ (с изм. и доп.).

[414] Принят 19.05.1995 № 82-ФЗ // СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930 (с изм. и доп.).

[415] Предпринимательское право Российской Федерации / отв.ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно., М., 2017. С. 378; Корпоративное право в 2 т./ отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2018. Т. 1. С. 365.

[416] Пункт 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 г. № 25.

[417] *Сойфер Т.В.* Экономическая деятельность некоммерческих организаций и ее гражданско-правовое обеспечение // Журнал российского права. 2016. № 1; *Лескова Ю.Г.* Предпринимательская и приносящая доход деятельность некоммерческих организаций // Цивилист. Научно-практический журнал. М.: АНО «Юридические программы». 2009. № 2. С. 27–30.

является разновидностью предпринимательской деятельности только отчасти, поскольку предполагает наличие только трех признаков из пяти возможных, предусмотренных в ст. 2 ГК РФ применительно к предпринимательской деятельности, — самостоятельность, собственный риск и формы, в которых она осуществляется. Ввиду отсутствия признака систематичности в такого рода деятельности некоммерческой организации и некоммерческого характера самой организации, ограниченной некоммерческими целями и уставной деятельностью, на приносящую доход деятельность не распространяются в полной мере все требования, которые применяются в отношении предпринимательской деятельности коммерческой организации. В частности, к таким требованиям относится привлечение к ответственности независимо от вины некоммерческой организации, осуществляющей приносящую доход деятельность.

Некоммерческие организации могут заниматься приносящей доход деятельностью до того предела, пока их основной функцией остается реализация уставных целей, ради которых они созданы. Приносящая доход деятельность некоммерческой организации носит дополнительный характер по отношению к основной уставной деятельности, в частности, способствует созданию материальной базы этой организации, которая обеспечит ей возможность выполнять свои уставные задачи. Если же их основной функцией становится осуществление собственно приносящей доход деятельности, а уставные цели отходят на второй план, то некоммерческая организация уже ничем не отличается от коммерческой организации, которая часть своих средств передает на некоммерческие цели.

Действующее законодательство предъявляет два основных требования к приносящей доход деятельности некоммерческой организации:

1) должна служить достижению уставных целей, способствовать их реализации, расширять возможности некоммерческой организации для выполнения своих уставных целей и задач;
2) должна по своей направленности соответствовать уставным целям некоммерческой организации.

Так, в п. 4 ст. 50 ГК РФ предусмотрено: «Некоммерческие организации могут осуществлять приносящую доход деятельность, если это предусмотрено их уставами, лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и если это соответствует таким целям». Следующий пункт этой же статьи гласит: «Некоммерческая организация, уставом которой предусмотрено осуществление приносящей доход деятельности, за исключением казенного и частного учреждений, должна иметь достаточное для осуществления указанной деятельности имущество рыночной стоимостью не менее минимального размера уставного капитала, предусмотренного для обществ с ограниченной ответственностью (п. 1 ст. 66.2)».

Установление пределов, в которых некоммерческая организация вправе осуществлять тот или иной вид приносящей доход деятельности, должно происходить в каждом конкретном случае с учетом уставных целей, данных бухгалтерских и иных финансовых документов, анализа отчетов о ее практической деятельности. Границы определяются тем, что, во-первых, приносящая доход деятельность должна осуществляться в рамках уставных задач и, во-вторых, она не должна превращаться в основную целевую деятельность. Последнее отнюдь не означает, что приносящая доход деятельность некоммерческой организации не может быть основным источником формирования собственности данного юридического лица, так как прибыль от такой деятельности используется исключительно в уставных целях.

По сведениям Росстата, как минимум 90 тыс. некоммерческих организаций, ведущих приносящую доход деятельность, будучи исправными налогоплательщиками, существенно пополняют государственную казну[418]. Приносящая доход деятельность некоммерческих организаций приносит доход, который с точки зрения налогового законодательства составляет прибыль, образующуюся как результат превышения доходов над расходами. В Налоговом кодексе РФ понятие «доход» определяется как экономическая выгода в денежной или натуральной форме, а

[418] Россия в цифрах. 2018: Крат. стат. сб. / Росстат. М., 2018. 522 с.

термин «прибыль» означает разницу между величиной полученных доходов и произведенных расходов[419].

В действующем законодательстве существует запрет для корпоративных некоммерческих организаций на перераспределение доходов от приносящей доход деятельности между членами или участниками этих организаций. Доходы не могут быть использованы для получения прибыли ее учредителями или членами этой организации, и никакая часть имущества общественного объединения не может быть передана учредителям или членам общественного объединения иначе как в порядке оплаты продукции, работ или услуг на равных условиях с другими лицами.

На оплату труда работников некоммерческих организаций могут и должны идти средства, поступающие в качестве доходов от предпринимательской деятельности. Представляется целесообразным ввести в действующее законодательство ограничения на уровень оплаты труда для сотрудников некоммерческих организаций, ограничив его определенным пределом: например, расходы на содержание административно-управленческого аппарата должны составлять не более 15–30 % от общей суммы расходов организации. В этих пределах некоммерческая организация может самостоятельно определять, какое количество оплачиваемых работников ей необходимо для нормального функционирования в соответствии с заявленными уставными целями.

Основываясь на принципе специальной правоспособности некоммерческих организаций, законодатель устанавливает ограничения для организаторов торгового оборота в связи с заключением отдельных видов договоров. Следует учитывать, что некоторые договорные модели могут быть использованы только ограниченным кругом организаций. Например, по договору поставки поставщиками могут выступать только предприниматели; по договору розничной купли-продажи только предприниматель может выступать в качестве продавца.

[419] Статьи 41 и 247 Налогового кодекса РФ.

Следует также обратить внимание на тот факт, что в отношении некоммерческих организаций установлены особые правила на ведение приносящей доход деятельности, отличающиеся от правил, предусмотренных для предпринимательской деятельности коммерческих юридических лиц. Прежде всего, это связано с получением средств от ведения приносящей доход деятельности этими субъектами гражданского оборота в соответствии с порядком, установленным Федеральным законом «О некоммерческих организациях». В случае когда некоммерческие организации получают денежные средства и иное имущество от иностранных физических или юридических лиц, они ведут раздельный учет доходов, полученных из иностранных источников, от всех иных доходов НКО. В этой части правил вопросов не возникает — профильная (уставная, связанная с достижением цели) деятельность некоммерческой организации в бухгалтерской отчетности отделена от непрофильной (дополнительной, вспомогательной) деятельности. В то время как второе требование представления отдельной отчетности по расходованию исключительно средств, полученных от иностранных источников, явно отличается от нормального требования к ведению приносящей доход деятельности некоммерческой организации, если исходить из позиции приравнивания этой деятельности к предпринимательской.

Вместо того чтобы на основе анализа отчетных данных, которые НКО представляют в Министерство юстиции РФ в соответствии с российским законодательством (п. 3 ст. 32 ФЗ «О некоммерческих организациях), о том, откуда и как они получили денежные средства, законодателем вводится правило о предоставлении дополнительной отчетности о том, куда расходуются средства НКО. При этом некоммерческие организации размещают указанные отчеты в сети «Интернет» или передают средствам массовой информации для опубликования. Примечательным с точки зрения анализа приносящей доход деятельности некоммерческих организаций является Постановление Конституционного суда РФ, связанное с введением в 2012 г. в

российское законодательство понятия «иностранного агента» и с вопросом о конституционности таких изменений[420]. Конституционный Суд России подтвердил, что законодательство не препятствует некоммерческим организациям получать иностранное финансирование и использовать полученные средства по своему усмотрению, исходя при этом из презумпции законности и добросовестности деятельности некоммерческих организаций, которые имеют право на судебную защиту от необоснованных требований государственных органов, в том числе нарушающих принцип равенства перед законом.

В этой связи острейшим вопросом правового регулирования приносящей доход деятельности некоммерческой организации является вопрос вмешательства государства в предпринимательскую деятельность некоммерческой организации или, иными словами, вторжения государства в частные отношения. Идея единства публичного и частного начал в регулировании предпринимательской деятельности легла в основу доктрины современного предпринимательского права, которая нашла отражение в статье профессора Е.П. Губина «Государство и бизнес в условиях правовых реформ»[421]. В этой статье Евгений Парфирьевич ставит перед юридическим сообществом актуальный вопрос о потребности формирования единой правовой политики в сфере предпринимательства. Особо необходимо подчеркнуть, что государственная политика в области правового регулирования предпринимательской деятельности должна быть сбалансированной и предоставлять равные возможности всем субъектам принимать участие в развитии предпринимательства, обеспечивающего прирост благосостояния России.

[420] Постановление № 10-П от 08.04.2014 по делу о проверке конституционности положений п. 6 ст. 2 и п. 7 ст. 32 Федерального закона «О некоммерческих организациях», ч. 6 ст. 29 Федерального закона «Об общественных объединениях» и ч. 1 ст. 19.34 Кодекса РФ об административных правонарушениях // СЗ РФ, 21.04.2014. № 16. Ст. 1921.

[421] *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 23–30.

Библиография:

1. *Абросимова Е.А.* Некоммерческие организации в экономике: проблемы правового регулирования // Журнал российского права. 2016. № 1. С. 9–13.
2. *Абросимова Е.А.* Организаторы торгового оборота. М.: Юрайт, 2018.
3. *Абросимова Е.А.* Правовые вопросы участия некоммерческих организаций в торговом обороте // Вопросы правоведения. 2013. № 3. С. 264–274.
4. *Абросимова Е.А.* Роль некоммерческих организаций в процессе координации экономической деятельности // Сб. ст. «Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве». М.: Юстицинформ, 2015.
5. *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 23–30.
6. *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности // Предпринимательское право. 2015. № 4. С. 3–9.
7. *Губин Е.П.* Теория и практика правового регулирования предпринимательской деятельности: соотношение и взаимосвязь // Предпринимательское право. 2018. № 1.
8. Корпоративное право: учебный курс. В 2 т. / отв. ред. И.С. Шиткина. М.: Статут, 2018.
9. Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, ИНФРА-М. 2017.
10. Юридические лица в российском гражданском праве: Монография в 3 т. / отв. ред. А.В. Габов, О.В. Гутников, С.А. Синицын. М., 2015.

3.4. Гражданско-правовая сделка как юридический факт в динамике гражданско-правового отношения

Аннотация. Заведующий кафедрой предпринимательского права, Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор Е.П. Губин научно обосновал объективную необходимость государственного регулирования рыночных отношений для удовлетворения потребностей индивидов и общества[422]. Гражданско-правовые отношения основаны на равенстве, автономии воли, имущественной самостоятельности их участников. Они опосредуют производство, обмен и потребление товаров в рыночной экономике, нуждаются в государственном регулировании. Настоящая статья посвящена анализу сделки в динамике гражданско-правового отношения. Показано соотношение методов дозволения и обязывания, публичных и частных регуляторов поведения людей, обеспечивающих баланс интересов отдельных лиц и общества в целом.
Ключевые слова: сделка, рыночные отношения, государственное регулирование, правовой метод.

Annotation. Head of the Department of business law, honored lawyer of the Russian Federation, doctor of law, Professor E. P. Gubin scientifically substantiated the objective need for state regulation of market relations to meet the needs of individuals and society. Civil law relations are based on equality, autonomy of will, property independence of their participants. They mediate the production, exchange and consumption of goods in a market economy and need state regulation. This article is devoted to the analysis of the transaction in the dynamics of civil law relations. The correlation of methods of permission and obligation, public and private regulators of human behavior, ensuring the balance of interests of individuals and society as a whole, is shown.
Keywords: transaction, market relations, state regulation, legal method.

[422] См.: *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 9–31 и др.

Понятие сделки. Юридическое понятие сделки формировалось длительный период и до сих пор является дискуссионным[423]. В Толковом словаре живого великорусского языка В.И. Даля слово «сделка» приводится как производное от слова «сделать», что означает «завершить, закончить дело». «Сделка» есть «конечный уговор, условие, соглашение; полюбовные мировые и взаимные обязательства по согласию»[424]. В Словаре русского языка, составленном С.И. Ожеговым, содержится единственное значение слова «сделка» — «соглашение»[425]. В.И. Даль трактует «соглашение» как «старание согласить на что-то», «приведение в согласный порядок». «Соглашать», «согласить» означает «убедить, уговорить, склонить, упросить, условиться, обязать условием». Одно из значений слова «согласовать» есть «приводить в должное, соответственное отношение»[426]. «Взаимное соглашение, условие, обязательство», «соглашение о взаимных обязательствах» именуется «договором»[427]. Русские слова «сделка» и «соглашение» («договор») на бытовом уровне синонимичны. В XIX в. Д.И. Мейер отмечал, что юридический термин «сделка» есть сокращенное от слова «соделка», что предполагает участие нескольких лиц, хотя сделкой может быть названо и действие одного лица[428].

[423] См.: *Денисевич Е.М.* Основы учения об односторонних сделках в гражданском праве. Екатеринбург, 2005; Сделки: проблемы теории и практики: Сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2008; *Скловский К.И.* Сделка и ее действие. М., 2012; *Тузов Д.О.* Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2007; и др.

[424] См.: *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 томах. Т. 4. М., 1998. С. 168.

[425] См.: *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / под общей ред. С.П. Обнорского. М., 1952. С. 652.

[426] См.: *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 томах. Т. 4. М., 1998. С. 258–259.

[427] См.: *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 томах. Т. 1. М., 1998. С. 450; Ожегов С.И. Словарь русского языка / под общей ред. С.П. Обнорского. М., 1952. С. 652.

[428] См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд. 1902. Изд. 3-е, испр. М., 2003. С. 202–203.

Юридическое понятие сделки и терминология были выработаны российской и зарубежной правовой наукой в XVIII–XIX столетиях[429].

Член Комиссии составления законов, учрежденной в 1796 г.[430], А.Н. Радищев указывал, что право можно произвести, уступить, передать, уничтожить посредством «деяния», «соизволения» человека. Ученый выделил признаки этого деяния (соизволения). Оно должно иметь законное основание (причину). Соизволяющий должен быть способен к соизволению: «располагать свои деяния с умом и рассудком», предвидеть последствия этого деяния и нести за них ответственность. Соизволение должно иметь «предмет», быть «свободно» («свободным воли определением»), «непрепятствуемо», «подлинно и нешуточно», «точно и благонадежно», без обмана, ошибок и погрешностей; определять «действия», возможные «условия»; облечено в известную форму, хотя иногда может быть безмолвно или предполагаемо[431].

Понятия «правовая сделка» (rechtliche Geschafte), «волевое действие» (Willenshandlungen), «волеизъявление (Willenserklarung) формировались в трудах немецких правоведов конца XVIII – начала XIX в. Основатель исторической школы права Ф.К. Савиньи определил волеизъявление или юридическую сделку (Rechtsgeschaft) как юридический факт, являющийся свободным действием, в котором воля действующего лица направлена непосредственно на возникновение или прекращение

429 См.: *Агарков М.М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // *Агарков М.М.* Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М., 2002. С. 333–334; *Хвостов В.М.* Система римского права. Учебник. М., 1996 (по изд. 1908 г.). С. 146; и др.

430 См.: *Томсинов В.А.* Юридическое образование и юриспруденция в России в первой трети XIX века. Учебное пособие. М., 2011. С. 198–213; *Томсинов В.А.* Понятие договора в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XXвека // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2018. № 5. С. 3–4.

431 См.: *Радищев А.Н.* Полное собрание соч. / под ред. Н.К. Пиксанова, В.А. Десницкого, Д.С. Бабкина и Б.Б. Кафенгауза. М., Л., 1954. Т. 3. С. 175–179.

правовых отношений. Важны три момента: воля; изъявление воли; согласие между волей и волеизъявлением[432].

В начале XX в. В.И. Синайский отмечал, что юридическая сделка есть юридический акт, дозволенное волеизъявление лица (лиц), которое влечет за собой наступление определенных правопорядком юридических последствий[433].

В Своде законов гражданских Российской империи (далее – Св. зак.) понятие сделки не определялось, хотя этот термин встречается в ст. 1540, 2334 и др.[434] Для обозначения сделки также использовались термины: акт (крепостной, нотариальный, явочный, домашний); передача; ввод во владение (ст. 707 Св. зак.); договор, соглашение, письменный акт (ст. 711 Св. зак.); акт на заем, на заклад, на продажу (ст. 720 Св. зак.) и др.[435] Регламентировались отдельные договоры: мена (ст. 1379 Св. зак.), отчуждение (ст. 1381 Св. зак.), продажа (ст. 1382 Св. зак.) и др.[436]

Определение сделки как действия, совершаемого для приобретения и прекращения гражданских прав, было сформулировано в одном из проектов Гражданского уложения Российской

[432] См.: *Савиньи Ф.К.* Система современного римского права: В 8 т. Т. II / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. С. 212–214; *Манигк А.* Развитие и критика учения о волеизъявлении // Вестник гражданского права. 2008. № 4. С. 197.

[433] См.: *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М., 2002. С. 144.

[434] См.: Законы гражданские // Свод законов Российской империи. Том X. Часть 1. Изд. 1900 г. по прод. 1906 и 1908 гг. с разъяснениями Правительствующего сената (Гражданского кассационного, 1 и 2 департаментов, Первого общего собрания и Общего собрания 1, 2 и Кассационного департаментов по 1 сентября 1910 г.) и комментариями русских юристов, извлеченными из научных и практических трудов по гражданскому праву и судопроизводству (по 1 июля 1910 г.). Сост. И.М. Тютрюмов // *Тютрюмов И.М.* Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Составил И.М. Тютрюмов. Книга четвертая. М., 2004. С. 75, 629.

[435] См.: *Тютрюмов И.М.* Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Составил И.М. Тютрюмов. Книга вторая. М., 2004. С. 707, 575, 581.

[436] См.: *Тютрюмов И.М.* Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Составил И.М. Тютрюмов. Книга третья. М., 2004. С. 467, 469 470.

империи (ст. 56)[437]. Уложение не стало законом, но достижения правовой науки, выработанные в процессе законотворчества, стали фундаментом для развития отечественного законодательства. Слово «действие» было использовано для определения сделки в ст. 26 ГК РСФСР 1922 г.[438], а позднее в других законодательных актах. Согласно ст. 153 ГК РФ[439] сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

Признаки сделки выявляются учеными и находят отражение в законе.

Сделка — это действие. Действие есть проявление деятельности, целенаправленная преднамеренная активность. Деятельность понимается как свойственная человеку форма активного отношения к окружающему миру, целесообразное изменение и преобразование этого мира[440].

Сделка как действие противопоставляется ***событию.*** События, происходящие независимо от воли человека, называют абсолютными (падение метеорита, течение времени и пр.). События, которые могут начинаться или заканчиваться по воле человека, именуют относительными. Так, лесной пожар может быть вызван поджогом, а в дальнейшем потушен человеком. В промежутке между действиями человека пожар, как любое другое событие, проистекает независимо от воли людей. Горение есть химическая реакция, которая происходит без вмешательства человека, поэтому пожар является событием.

[437] См.: Гражданское Уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. С объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии и с приложением законопроекта об авторском праве, одобренного Государственной Думой / под ред. И.М. Тютрюмова / сост. А.Л. Саатчиан. Т. 2. СПб., 1910.

[438] См.: *Новицкая Т.Е.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. М., 2002. С. 116.

[439] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301. Далее — ГК РФ.

[440] См.: *Батищев Г.С.* Деятельностная сущность человека как философский принцип // Проблема человека в современной философии. М., 1969. С. 79–109.

Сделка — правомерное действие. А.Н. Радищев, В.М. Хвостов, многие другие правоведы определяли сделку как дозволенное действие[441]. Правомерность есть необходимый признак сделки[442].

Сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта, является оспоримой, если законом не установлено, что такая сделка является ничтожной или не предусмотрены иные последствия (ст. 166–181 ГК РФ)[443]. Как писал В.С. Ем, ничтожность означает, что совершенное действие не являлось сделкой, а имело лишь внешние признаки сделки. Оно порождает не тот правовой результат, к достижению которого стремились участники сделки, а правовые последствия, установленные законом как реакция на данное неправомерное действие. Оспоримая сделка действительна, но может быть признана недействительной судом по иску заинтересованного лица[444].

Для лица, совершающего сделку с нарушением требований закона, могут наступить различные негативные последствия: признание сделки недействительной (ст. 168 ГК РФ); реституция, т. е. возвращение в первоначальное положение (ст. 167 ГК РФ); конфискация в доход Российской Федерации всего полу-

[441] *Хвостов В.М.* Система римского права. Учебник. М., 1996 (по изд. 1908 г.). С. 146.

[442] См.: *Агарков М.М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М., 2002. С. 344–345; *Перетерский И.С.* Сделки, договоры. ГК РСФСР, научный комментарий. Вып. V. М., 1929. С. 6; Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 350 (автор главы — В.С. Ем); *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М., 2002. С. 144; и др.

[443] См.: ст. 166–181 ГК РФ; п. 69–102 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8; *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. 2-е изд., испр. и доп. М., 2018. С. 130–175; и др.

[444] См.: *Ем В.С.* О критериях ничтожности сделок в новейшем гражданском законодательстве России // *Вестник гражданского права*. 2014. № 6. С. 140–165.

ченного по сделке (ст. 169 ГК РФ); имущественная ответственность в виде возмещения реального ущерба (ст. 171 ГК РФ); административная[445], уголовная ответственность[446] и др. Представляется, что санкции, установленные законом за нарушение требований к совершению сделки, имеют публичную природу.

Сделка есть действие субъекта гражданского права. Способностью действовать обладают люди. Субъектами гражданского права признаются не только люди (физические лица, граждане), но также юридические лица, Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования (п. 2 ст. 1, ч. 2 п. 1 ст. 2 ГК РФ). В реальной жизни за публичное образование или юридическое лицо действуют люди: должностные лица (ст. 125 ГК РФ); члены органов юридического лица (ст. 53 ГК РФ); работники, иные представители (ст. 182 ГК РФ). Действия людей, которые в соответствии с законом имеют право выступать от имени юридического лица или публичного образования, признаются действиями самого этого субъекта (ст. 53, 53.1, 124, 125 ГК РФ). В юридическом смысле можно говорить о действии гражданина, юридического лица, Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования.

Интересно, что в ст. 26 ГК РСФСР 1922 г. не конкретизировались субъекты, могущие совершать сделки. В.М. Хвостов подчеркивал, что сделка есть действие частных лиц[447]. В ст. 41 ГК РСФСР 1964 г. было сказано о действиях «граждан и организаций»[448]. В ст. 26 Основ Гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. говорилось о действиях «граждан и юридических лиц»[449]. Аналогичная формула закреплена в ст. 153 ГК РФ.

[445] См., напр.: ст. 15.26 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях: Федеральный закон от 30.12.2001 № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1. Ч. 1. Ст. 1; Ст. 228.

[446] См., напр.: ст. 228 Уголовного кодекса Российской Федерации: Федеральный закон от 13.06.1996 № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

[447] См.: *Хвостов В.М.* Система римского права. Учебник. М., 1996. С. 146.

[448] См.: Закон РСФСР от 11.06.1964 // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. № 24. Ст. 406.

[449] Приняты Верховным Советом СССР 31.05.1991 // Ведомости Верховного Совета СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

Гражданско-правовые отношения основываются на признании равенства, автономии воли, имущественной самостоятельности их участников, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела (п. 1 ст. 1, п. 1 ст. 2 ГК РФ). В этих отношениях Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования выступают на равных началах с гражданами и юридическими лицами (п. 1 ст. 124 ГК РФ). К Российской Федерации, субъектам Российской Федерации, муниципальным образованиям применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством. Иное может следовать из закона, особенностей данных субъектов (п. 2 ст. 124 ГК РФ). Следовательно, эти субъекты могут совершать сделки[450]. Органы публичной власти также принимают нормативные и административные правовые акты. Отличие сделок от нормативных и административных актов подчеркивали многие ученые (М.М. Агарков[451], О.А. Красавчиков[452] и др.).

Сделка — это действие сделкоспособного субъекта. Сделкоспособность отдельных категорий субъектов может различаться. Полной сделкоспособностью обладают граждане, достигшие 18 лет, не ограниченные в сделкоспособности и не лишенные ее в соответствии с законом. Неполной сделкоспособностью обладают граждане в возрасте от 6 лет до 18 лет (ст. 26, 28 ГК РФ), некоторые виды юридических лиц: государственные (муници-

---

[450] См.: *Белицкая А.В.* Правовое обеспечение государственной инвестиционной политики: монография. М., 2018; *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005; Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 284–296 (автор главы — Е.А. Суханов); и др.

[451] См.: *Агарков М.М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М., 2002. С. 338–343.

[452] См.: *Красавчиков О.А.* Юридические факты в советском гражданском праве // Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. М., 2005. С. 168–201.

пальные) предприятия, все виды и типы учреждений и др. Сделкоспособность субъекта может быть ограничена сделкой, судом (ст. 22, п. 4 ст. 26, 30 ГК РФ)[453]. Гражданин может быть лишен сделкоспособности (ст. 29 ГК РФ). Граждан в возрасте до 6 лет закон не лишает сделкоспособности[454], но умалчивает о возможности совершения ими сделок. Недостаток или отсутствие сделкоспособности могут восполняться представительством или иными способами (ст. 21, 26, 28–30, 157.1 ГК РФ) и др.

Правовые последствия сделок и иных действий субъекта, не обладающего необходимой сделкоспособностью, устанавливаются законом (ст. 168 ГК РФ).

Сделка совершается в интересах субъектов права. Как замечал В.М. Хвостов, посредством юридической сделки лицо желает вызвать юридические последствия, соответствующее его интересам[455]. Категория интереса является дискуссионной[456]. Под охраняемым законом интересом понимается потребность, не обеспеченная субъективным правом, но в отношении которой законом предусмотрена возможность правовой защиты[457]. Интересом можно назвать объективную потребность субъекта в материальных или нематериальных благах. Сделка может быть направлена на удовлетворение потребностей субъекта, совершающего сделку, другого лица, неопределенного круга лиц (ст. 430, 1055 ГК РФ и др.).

Сделка может совершаться от имени и в пользу другого субъекта. Интересы этих субъектов могут различаться. Лицо, совершающее сделку в интересах другого лица, должно пренебрегать собственными интересами во благо представляемого (п. 5 ст. 10 ГК РФ). Сделка, совершенная представителем в ущерб интере-

---

453 См.: Корпоративное право: Учебник / отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2019. С. 83–88 (авторы главы — Н.В. Козлова, С.Ю. Филиппова).

454 См.: подп. 4 ст. 2 Федерального закона от 24.04.2008 № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» // СЗ РФ. 2008. № 17. Ст. 1755.

455 См.: *Хвостов В.М.* Система римского права. Учебник. М., 1996. С. 146.

456 См.: *Иеринг Р.* Интерес и право. Ярославль, 1880; Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. М., 2002; и др.

457 См.: *Грибанов В.П.* Интерес в гражданском праве // Советское государство и право. 1967. № 1. С. 49–56.

сам представляемого, может быть признана недействительной (п. 2 ст. 174 ГК РФ).

Особым случаем является совершение сделки юридическим лицом или публичным образованием. От имени этих субъектов действуют люди, обычно на протяжении длительного времени, в разных ситуациях. Интересы людей и субъектов, за которых они действуют, часто не совпадают. Закон учитывает это обстоятельство, признавая наличие конфликта интересов между юридическим лицом и человеком, который выполняет функции члена органа юридического лица[458]. В силу закона члены органов юридического лица обязаны действовать добросовестно, разумно, в интересах данного юридического лица. В противном случае они обязаны возместить убытки, причиненные по их вине юридическому лицу (ст. 53, 53.1 ГК РФ)[459].

Сделка совершается по поводу материального или нематериального блага, признаваемого объектом гражданских прав и обязанностей. По мысли А.Н. Радищева, предметом сделки могут являться: вещи, деяния, права. Они должны быть возможными, дозволенными. Вещи и права могут принадлежать самому субъекту или третьему лицу, но состоять в обращении[460]. Д.И. Мейер указывал, что предмет сделки должен иметь юридическое значение. Сделка есть юридическое действие: предметы, не принадлежащие к юридическому быту, не могут быть предметами сделок[461].

Субъект может совершать сделку по поводу объектов в рамках, установленных законом (ст. 128, 1229 ГК РФ и др.). Существуют объекты, которые запрещены законом к обороту (ст. 129, 150, 1225 ГК РФ). Ничтожна сделка по поводу невозможного объекта (вечный двигатель и др.).

---

[458] См., напр.: ст. 81–84 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

[459] См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица».

[460] См.: *Радищев А.Н.* Полное собрание соч. / под ред. Н.К. Пиксанова, В.А. Десницкого, Д.С. Бабкина и Б.Б. Кафенгауза. М., Л., 1954. Т. 3. С. 177–182.

[461] См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд. 1902. Изд. 3-е, испр. М., 2003. С. 207.

Предмет сделки есть благо, которое представляет ценность для субъектов. Как правило, это благо связано с имуществом. А.Н. Радищев замечал, что сделки, не приносящие никому «ни пользы, ни прибытка», не создают правовых последствий[462]. Гражданско-правовые отношения в целом носят имущественный, эквивалентно-возмездный характер. Неотчуждаемые права и свободы человека, другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством, если иное не вытекает из существа нематериальных благ (п. 2 ст. 2 ГК РФ).

Сделка — целенаправленное действие. Цель сделки может пониматься различно, быть близкой или отдаленной. Важно, что сделка направлена на определенные правовые последствия. Цель сделки можно понимать как планируемый, желаемый, достижимый правовой результат. Не являются сделками дружеские соглашения, не имеющие юридической цели: обещания ходить друг к другу в гости и пр.

Правовая цель, типичная для данного вида сделок, именуется основанием или каузой (causa) сделки[463]. Цель сделки может быть промежуточной или отдаленной. Как замечал А.Н. Радищев, следствия деяний бывают таковы, что могут наступать «неминуемо и непосредственно», а бывают для того, чтобы «одно деяние было в сопряжении с другим, совсем от него различным, и следствие деяния одного было посредством деяния другого»[464].

Правовой результат сделки может не наступить. Цель совершения сделки может быть не достигнута по разным причинам, объективного или субъективного характера. Например, каузой оферты будет состояние юридической связанности с лицом, которому адресована оферта (ст. 435 ГК РФ). Конечной целью оферты может быть заключение или расторжение договора

[462] См.: *Радищев А.Н.* Указ. соч. С. 182.

[463] См.: *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права. М.:, 2003. С. 150-153; *Иеринг Р.* Цель в праве. Т. 1 СПб., 1881; Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 340–343 (автор главы — В.С. Ем); *Хвостов В.М.* Система римского права. Учебник. М., 1996. С. 170–175; и др.

[464] См.: *Радищев А.Н.* Указ. соч. С. 175.

(ст. 433, п. 1 ст. 450 ГК РФ) и др. Если адресат оферты ее не примет, договор не будет ни заключен, ни расторгнут. Иногда для наступления конечного правового результата нужны дополнительные юридические факты (состав).

Сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия, является мнимой (п. 1 ст. 170 ГК РФ). К примеру, во избежание обращения взыскания на вещь лицо фиктивно «продает» ее, без намерения передать другому. Эта сделка ничтожна, она не порождает последствий, обычных для продажи. Ничтожной является притворная сделка, совершенная с целью прикрыть другую сделку (ст. 170 ГК РФ). Так, собственник может передать свою вещь на хранение (ст. 886 ГК РФ), оформив сделку как продажу (ст. 454 ГК РФ). Результатом будет не переход права собственности на вещь от продавца к покупателю, как это представляется внешне, а юридические последствия заключения договора хранения. Поклажедатель (фиктивный «продавец») остается собственником вещи, а хранитель («покупатель») обязан вернуть вещь в сохранности поклажедателю.

При совершении сделок лица могут преследовать цели, допускаемые для одних субъектов, но не дозволенные другим. Учет целей сделки важен для юридических лиц, обладающих в силу закона целевой правоспособностью[465]. Если цели деятельности юридического лица определенно ограничены в его учредительном документе, сделка, совершенная в противоречии с этими целями, может быть признана недействительной (ст. 173 ГК РФ). Общественная или религиозная организация, благотворительный или иной фонд, систематически осуществляющие деятельность, которая противоречит их уставным целям, могут быть ликвидированы по решению суда (подп. 4 п. 3 ст. 61 ГК РФ).

Цели могут быть запрещены законом для всех субъектов. Ничтожной является сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК РФ). Это означает, что при совершении такого действия лицо

[465] См.: Корпоративное право: Учебник / отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2019. С. 80–88 (авторы главы — Н.В. Козлова, С.Ю. Филиппова).

умышленно желает установления (изменения, прекращения) прав и/или обязанностей, которые заведомо противоречат основам правопорядка или нравственности[466]. Примерами являются действия, направленные на изготовление, распространение литературы, иной продукции, пропагандирующей войну, национальную, расовую или религиозную вражду; на изготовление или сбыт поддельных документов и ценных бумаг; нарушающие основы отношений между родителями и детьми[467]. Согласно закону общим последствием этих действий является реституция. В случаях, предусмотренных законом, суд может взыскать в доход Российской Федерации то, что было получено по сделке, или применить иные последствия, установленные законом (ст. 167, 169 ГК РФ). На наш взгляд, заведомо противоправные и умышленные действия участников сделки должны предотвращаться и пресекаться более решительно. За совершение действий, предусмотренных ст. 169 ГК РФ, в качестве общего правила суд должен применять конфискационные санкции, если иное не следует из особенностей сделки. Иные последствия могут определяться законом для конкретных правонарушений.

Сделка — действие осознанное. Совершая сделку, лицо должно разумно и объективно оценивать сложившуюся фактическую ситуацию, действительное положение дел. Кроме того, субъект должен осознавать юридические последствия, на которые направлена сделка, правовой результат данной сделки.

Сделка есть действие волевое. На это прямо указывается в ст. 154 ГК РФ. Лицо, совершающее сделку, должно обладать волей. Воля понимается как определенное и мотивированное желание лица достигнуть поставленной правовой цели, процесс психического регулирования поведения субъекта[468].

---

[466] См.: *Ем В.С.* Ничтожность сделок по действующему гражданскому законодательству // Вестник гражданского права. 2018. № 4. С. 12–45.

[467] См.: п. 85 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

[468] См.: *Ойгензихт В.А.* Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права). Душанбе, 1983.

Понимание сделки как осознанного и волевого действия, направленного на предвидимые, желаемые субъектом правовые последствия, очень важно. Сознанием и волей обладают люди. Возможно, внедрение искусственного интеллекта изменит ситуацию, но пока целенаправленные, сознательные, волевые действия совершает человек, действуя в личном качестве или от имени других субъектов. Способность человека понимать юридическое значение своих действий и/или руководить этими действиями зависит от его возраста, состояния здоровья, иных факторов. Считается, что этой способностью в полном объеме не обладают граждане, не достигшие 18 лет. Законом установлен круг сделок, который самостоятельно могут совершать граждане в возрасте от 6 до 18 лет (ст. 26, 28 ГК РФ). Гражданин, который вследствие психического расстройства не может понимать значения своих действий или руководить ими, может быть ограничен в сделкоспособности, лишен ее (ст. 29, 30 ГК РФ).

Сделка, самостоятельно совершенная малолетним, не наделенным сделкоспособностью в силу закона, а также гражданином, лишенным сделкоспособности, является ничтожной, если только не будет признана действительной судом (ст. 171, 172 ГК РФ). Сделка, совершенная сделкоспособным гражданином, находившимся в момент ее совершения в состоянии, когда он не был способен понимать значение своих действий или руководить ими, может быть признана судом недействительной (ст. 177 ГК РФ).

Представляется, что нормы ст. 171, 172, 177 ГК РФ могут распространяться на случаи, когда гражданин действует от имени юридического лица или публичного образования. Нормы закона, определяющие сделкоспособность, правовые последствия совершения сделки гражданином, который не понимал значения своих действий и/или не мог руководить ими, устанавливаются с целью охраны и защиты интересов таких граждан и иных участников правовых отношений. По духу эти правила близки к публичным предписаниям.

Сделка есть проявление свободной воли. «Свободным» деянием, (действием, соизволением, волеизъявлением) именовали юридическую сделку А.Н. Радищев, Ф.К. Савиньи, другие правоведы. Законодательство Российской империи признавало действительными «способы приобретения прав» тогда, когда они утверждались на свободном, «непринужденном произволе и согласии» (ст. 700, 701 Св.зак.)[469]. К обстоятельствам, нарушающим «свободу произвола и согласия», относили принуждение, подлог, угрозу (ст. 701, 702 Св. зак.).

В современной России автономия (свобода) воли является одним из основных принципов регулирования гражданско-правовых отношений (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей, в своем интересе (п. 2 ст. 1 ГК РФ). Воля участника сделки должна быть сформирована свободно. Сделка, совершенная под влиянием обмана, насилия, угрозы, действительна, порождает правовые последствия, но является оспоримой (ст. 179 ГК РФ). Насилие или угроза могут быть моральными или физическими. Правомерное принуждение порочит сделку[470]. Представляется, что угроза правомерным действием деформирует волю, но не должна служить основанием для признания сделки недействительной.

Существо сделки составляет волеизъявление. Фактор воли субъекта, совершающего сделку, важен для уяснения природы сделки. Однако для права имеет значение не столько воля, сколько ее внешнее, объективированное выражение. На это неоднократно обращалось внимание. Как замечал А.Н. Радищев, для возникновения права «нужно, чтобы человек объявил на то свое соизволение, объявил, в чем его воля состоять может»[471].

---

[469] См.: *Тютрюмов И.М.* Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Составил И.М. Тютрюмов. Книга вторая. М., 2004. С. 552.

[470] См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд. 1902. Изд. 3-е, испр. М., 2003. С. 180–185.

[471] См.: *Агарков М.М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М., 2002. С. 333–334.

Волеизъявлением (Willenserklarung) именуют сделку многие немецкие ученые[472]. В.С. Ем подчеркивал, что сущность сделки составляет волеизъявление субъекта. Только волеизъявление как внешне выраженная воля может подвергаться правовой оценке[473]. Воля, не объективированная вовне, не имеет значения для права[474]. Современная судебная практика также признает сделкой «волеизъявление, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей»[475].

Соответствие воли и волеизъявления. Для возникновения правовых последствий необходимо, чтобы волеизъявление участника сделки соответствовало его воле. Несоответствие воли и волеизъявления порождает оспоримую сделку («с пороком воли»). Порок воли будет иметь любая сделка, при совершении которой воля формируется в нарушение требований закона (несвободно, неправильно), либо волеизъявление не соответствует действительной воле. Это может происходить в силу разных причин фактического или юридического характера.

Интересный случай представляет сделка, совершенная под влиянием заблуждения. Д.И. Мейер понимал заблуждение как ложное представление о предмете, определяющее волю: неведение (отсутствие познаний) или ошибка. В случае неверного представления или при отсутствии представления результат бу-

---

[472] См.: *Манигк А.* Развитие и критика учения о волеизъявлении // Вестник гражданского права. 2008. № 4; С. 192–215; 2009. № 1. С. 224–250; № 2. С. 231–260; № 3. С. 235–253; *Савиньи Ф.К.* Система современного римского права: В 8 т. Т. II / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. С. 213.

[473] См.: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 340 (автор главы — В.С. Ем).

[474] См.: *Новицкий И.Б.* Сделки. Исковая давность // Новицкий И.Б. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М., 2006. С. 195.

[475] См.: п. 50 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

дет одинаковым. Для права важнее, касается заблуждение юридических аспектов или фактических обстоятельств[476].

Согласно п. 1 ст. 178 ГК РФ заблуждение должно быть «настолько существенным», что сторона, «разумно и объективно оценивая ситуацию, не совершила бы сделку, если бы знала о действительном положении дел». Можно предположить, что речь идет только о фактических обстоятельствах. Это подтверждается п. 2 ст. 178 ГК РФ: в качестве существенных заблуждений указаны очевидные опечатки (описки, оговорки); заблуждение в отношении существенных качеств или всего предмета сделки; относительно лица, с которым совершается сделка, и др. В качестве одного из существенных указано заблуждение «в отношении природы сделки» (подп. 3 п. 2 ст. 178 ГК РФ).

Есть основания утверждать, что заблуждение может быть связано с юридическими моментами сделки. На наш взгляд, заблуждение лица относительно природы сделки искажает его представление о правовых последствиях данной сделки. Например, вместо безвозмездной ссуды лицо берет чужую вещь за плату в аренду, хотя имело намерение и основания предполагать, что пользование будет бесплатным. Такого рода заблуждения являются весьма существенными и должны являться основаниями для оспаривания сделки.

Существует правовая позиция, высказанная Высшим Арбитражным Судом РФ, что заблуждение относительно правовых последствий сделки не является основанием для ее признания недействительной[477]. На наш взгляд, это не вполне соответствует букве и духу ст. 178 ГК РФ. В одном из судебных актов содержится более обоснованный вывод. Суд признал, что по смыслу п. 2 ст. 178 ГК РФ, сделка считается недействительной, если выраженная в ней воля стороны сформировалась вследствие за-

476 См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд. 1902. Изд. 3-е, испр. М., 2003. С. 185–191.

477 См.: п. 3 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10.12.2013 № 162 «Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2014. № 2.

блуждения и повлекла иные правовые последствия, нежели те, которые сторона имела в виду[478].

Следует отметить, что суды принимают справедливые решения, применяя п. 5 ст. 178 ГК РФ в смысле, прямо противоположном его буквальному толкованию. Согласно этой норме, «суд может отказать признании сделки недействительной, если заблуждение, под влиянием которого действовала сторона сделки, было таким, что его не могло бы распознать лицо, действующее с обычной осмотрительностью и с учетом содержания сделки, сопутствующих обстоятельств и особенностей сторон». Получается, что суд удовлетворяет требования такого «заблудившегося лица», если оно могло распознать заблуждение. Но суд вправе отказать в иске, если лицо не могло распознать заблуждение. Думается, что формулировка п. 5 ст. 178 ГК РФ представляет собой тот самый случай очевидной опечатки, о которой говорится в п. 1 ст. 178 ГК РФ. Перед словом «могло» она содержит лишнюю частицу «не». Если исключить ее из текста, то логика закона становится понятной: суд вправе отказать в иске, когда лицо, действующее с обычной осмотрительностью, с учетом содержания сделки, обстоятельств и особенностей сторон, могло распознать заблуждение. Именно так судебная практика применяет п. 5 ст. 178 ГК РФ, отказывая в иске лицу, которое не проявило осмотрительность, необходимую в конкретных обстоятельствах и обычную для деловой практики совершения подобных сделок[479].

По смыслу закона, под влиянием существенного заблуждения может оказаться любой субъект права: гражданин, юридическое лицо, публичное образование. Правовые последствия сделок, совершаемых юридическим лицом или публичным об-

[478] См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 06.12.2018 № Ф05-20147/2018 по делу № А40-86763/2018.

[479] См.: п. 5 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10.12.2013 № 162 «Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2014. № 2; Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 08.12.2017 № Ф01-5501/2017 по делу № А17-7991/2016; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 14.02.2017 № Ф09-12487/16 по делу № А60-3041/2016; и др.

разованием, должны осознавать люди, действующие от имени этих субъектов (ст. 53, 53.1 ГК РФ).

Волеизъявление должно быть определенным образом оформлено, закреплено в соответствии с требованиями закона. Это необходимо, чтобы сделать волю лица доступной для восприятия адресатом, а также для интересов гражданского оборота.

Волеизъявление может быть выражено: устно (ст. 158, 159 ГК РФ); письменно — в простой письменной форме (ст. 158, 160, 161 ГК РФ) или с последующим нотариальным удостоверением (п. 1 ст. 158, 163 ГК РФ); путем конклюдентных действий (п. 2 ст. 158 ГК РФ). Эти способы можно отнести к действиям. Закон может устанавливать для сделки определенную форму или предоставлять ее конкретизацию участникам. Способ выражения воли, фиксации волеизъявления есть форма сделки.

Правовые последствия несоблюдения формы сделки устанавливаются законом (ст. 162–165 ГК РФ). Большинство сделок могут совершаться устно. Если законом или соглашением сторон для сделки установлена простая письменная форма, ее нарушение влечет недействительность сделки лишь в случаях, установленных законом или соглашением сторон (ст. 162 ГК РФ). В остальных ситуациях такое нарушение лишает стороны права ссылаться на свидетельские показания в подтверждение сделки и ее условий, но дозволяет приводить письменные и другие доказательства (п. 1 ст. 162 ГК РФ). Нарушение установленной законом или соглашением сторон нотариальной формы влечет недействительность сделки (ст. 163, п. 1 ст. 1124 ГК РФ).

Особой формой волеизъявления является молчание[480]. Если понимать действие как целесообразное изменение окружающего мира (активное действие), то молчание можно именовать бездействием или пассивным действием, сохранением определенных сложившихся обстоятельств (status quo). Молчание не является согласием, оно есть состояние, юридически безраз-

[480] См.: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 340 (автор главы — В.С. Ем).

личное. Известно латинское выражение: «Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare» («Тот, кто молчит, во всяком случае, не соглашается, но верно и то, что он не отрицает»). Д.Д. Гримм писал, что молчание принимается за выражение согласия на сделанное предложение, если по обстоятельствам дела от лица можно было требовать открытого отказа[481]. В.И. Синайский указывал, что молчание может быть юридически обязательным, если лицо молчит тогда, когда оно может и должно говорить в силу требований права или доброй совести[482].

Согласно п. 3 ст. 158 ГК РФ молчание признается выражением воли совершить сделку в случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон. Например, в форме молчания может быть выражено согласие поклажедателя на чрезвычайные расходы, о котором его запросил хранитель (п. 2 ст. 898 ГК РФ). Стороны могут договориться, что по истечении определенного срока молчание считается согласием или отказом. Интересным случаем является установленный законом способ пролонгации договора аренды. Если после истечения срока договора арендатор продолжает пользоваться имуществом при отсутствии возражений со стороны арендодателя, договор считается возобновленным на тех же условиях на неопределенный срок (п. 2 ст. 621 ГК РФ). Это значит, что обе стороны совершают конклюдентные действия: арендатор продолжает пользоваться имуществом, арендодатель — принимать арендную плату. В результате арендные отношения сохраняются на прежних условиях, кроме срока, который становится неопределенным. В этом случае каждая из сторон вправе в любое время отказаться от договора аренды, предупредив об этом другую сторону за один месяц, а при аренде недвижимого имущества — за три месяца, если иной срок для предупреждения не установлен законом или договором (п. 2 ст. 610 ГК РФ).

Совокупность волеизъявлений лица, совершающего сделку. Для совершения сделки может быть недостаточно единственного

[481] См.: *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 149–150.
[482] См.: *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М., 2002. С. 165.

волеизъявления. Со стороны субъекта, совершающего сделку, иногда требуются дополнительные волеизъявления.

Они могут выражаться посредством совершения конклюдентных действий: передача имущества и др. (ст. 807 ГК РФ). Конклюдентными действиями также могут быть устранены допущенные сторонами дефекты при совершении сделки. Закон гласит, что сторона, из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки, не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором эта сторона знала или должна была знать при проявлении ее воли (п. 2 ст. 166, п. 3 ст. 432 ГК РФ). Таким поведением являются активные действия, на совершение которых была направлена сделка: передача имущества, выполнение работ, оказание услуг и др. В некоторых случаях совершенные сторонами конклюдентные действия являются условием для признания сделки действительной по решению суда (п. 4 ст. 165 ГК РФ). Применение этих положений закона подтверждается судебной практикой[483]. Активное действие, направленное на подтверждение сделки, тоже является сделкой: волеизъявлением в форме действия, направленным на конкретный правовой результат.

Воля юридических лиц и публичных образований часто формируется не одним человеком. Согласно закону, некоторые действия гражданина, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа, подлежат одобрению другими гражданами, составляющими коллегиальный орган юридического лица (совет директоров, общее собрание участников корпорации и др.)[484]. С точки зрения закона, воля, сформированная и выраженная от имени юридического лица единолично уполномоченным гражданином, а также воля и волеизъявление,

[483] См.: п. 5, 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» // http://www.vsrf.ru по состоянию на 28.12.2018; п. 58, 59, 72 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

[484] См., напр.: ст. 83 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

сформированное и выраженное от имени юридического лица гражданами — членами его коллегиального органа, являются волеизъявлениями одного и того же субъекта — юридического лица. Оба волеизъявления необходимы для сделки юридического лица (ст. 157.1 ГК РФ).

Процесс формирования воли и выражения волеизъявления юридического лица посредством действий людей подчиняется требованиям, определенным законом и уставом юридического лица. Так, за волю корпоративного юридического лица, сформированную и выраженную общим собранием участников корпорации, принимается воля граждан, имеющих право участвовать в собрании и голосовать по вопросам повестки дня (ст. 65.1–65.3 ГК РФ). Причем решение далеко не всегда принимается единогласно, но часто простым или квалифицированным большинством голосов[485].

Совокупность волеизъявлений различных субъектов. В случаях, установленных законом, для совершения сделки требуется изъявление воли не только лица, совершающего сделку, но также волеизъявление (согласие, разрешение) других лиц (ст. 157.1 ГК РФ; п. 3 ст. 35 СК РФ[486]). Внутренне согласованные, адресованные одному субъекту действия двух или более лиц О.А. Красавчиков назвал сонаправленными[487].

В некоторых случаях можно говорить о простой или сложной совокупности волеизъявлений. Для простой совокупности последовательность волеизъявлений не имеет значения. Если закон требует изъявления воли в определенной последовательности, имеет место сложная совокупность волеизъявлений.

Так, гражданин в возрасте от 14 до 18 лет может самостоятельно совершать некоторые виды сделок, изъявляя собствен-

---

[485] См., напр: ст. 47–63 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах».

[486] Семейный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 29.12.1995 № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16. Далее — СК РФ.

[487] См.: *Красавчиков О.А.* Юридические факты в советском гражданском праве // Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. М., 2005. С. 158.

ную волю (ст. 26, 28 ГК РФ). На совершение остальных сделок законный представитель (родитель, усыновитель, попечитель) гражданина должен дать свое письменное согласие, т. е. письменно выразить свою волю, совпадающую с волей подопечного. Волеизъявление законного представителя может быть выражено до или после момента совершения сделки подопечным. В обоих случаях сделка будет действительна (п. 1 ст. 26 ГК РФ). Это простая совокупность волеизъявлений.

Сделка, совершенная подопечным при отсутствии письменного согласия его законного представителя, может быть признана недействительной судом (ст. 175 ГК РФ). Сделка будет оспоримой и в случае, когда законный представитель дал предварительное согласие на совершение сделки на одних условиях, а подопечный совершил ее на других условиях. Иными словами, когда волеизъявление законного представителя не совпадает с волеизъявлением подопечного[488]. Если подопечный проигнорирует это обстоятельство и совершит сделку на своих условиях, будет иметь место порок воли, появится основание для оспаривания сделки (ст. 175 ГК РФ).

Для граждан, не обладающих полной сделкоспособностью, законом предусмотрены дополнительные публичные гарантии охраны их прав и законных интересов. Сделки по распоряжению имуществом таких граждан контролируются органами государственной власти. Для совершения сделки по отчуждению имущества таких граждан требуется сложная совокупность волеизъявлений.

К примеру, гражданин в возрасте 15 лет намерен продать принадлежащий ему на праве собственности автомобиль. Он нашел покупателя и направил ему предложение со всеми условиями продажи (оферту). Это первое волеизъявление.

Данная сделка требует письменного одобрения со стороны законного представителя несовершеннолетнего продавца. Сле-

[488] См.: п. 53–57, 90 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

довательно, необходимо второе волеизъявление, условия которого должны совпадать с первым волеизъявлением.

В приведенной ситуации для совершения сделки необходимо третье волеизъявление: со стороны органа публичной власти. Законный представитель (родитель, усыновитель, попечитель) может давать согласие на совершение сделки по распоряжению имуществом своего подопечного только с предварительного разрешения органа опеки и попечительства[489]. Это означает, что законный представитель должен сообщить органу опеки об условиях предстоящей сделки с имуществом подопечного и получить предварительное разрешение на ее совершение. Орган опеки должен убедиться, что сделка совершается в интересах подопечного, только после этого дать разрешение. Согласие органа опеки будет третьим волеизъявлением, необходимость которого предусмотрена законом.

Формирование воли юридического лица, публичного образования имеет особенности. Закон признает эти субъекты волеспособными, сделкоспособными (ст. 48, 124 ГК РФ). Порядок образования и выражения этой воли определяется (нормируется) законом и может быть конкретизирован иным нормативным актом, учредительным или другим документом юридического лица. Так, полномочия выступать от имени юридического лица могут быть предоставлены нескольким лицам, действующим совместно (ч. 3 п. 1 ст. 53 ГК РФ). Граждане, действующие от имени юридического лица, должны совместно выработать и выразить волю данной организации на совершение сделки.

Правовые последствия совершения сделки при отсутствии необходимого в силу закона согласия органа юридического лица, третьего лица, органа государственной власти (местного самоуправления) определены в ст. 173.1 ГК РФ[490]. Сделка оспорима, если законом не установлено, что она ничтожна (ст. 166,

---

[489] См.: ст. 37 ГК РФ; п. 3 ст. 60 СК РФ; Федеральный закон от 24.04.2008 № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» // СЗ РФ. 2008. № 17. Ст. 1755.

[490] См.: п. 53–57, 90 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

168 ГК РФ). Так, для совершения государственным предприятием сделки по отчуждению своего недвижимого имущества требуется согласие собственника имущества. При отсутствии согласия собственника сделка ничтожна[491].

Представляется, что сделки с нарушением установленных законом требований к формированию и выражению воли, в том числе к совокупности волеизъявлений, являются сделками с дефектами (пороками) воли. Такие сделки могут признаваться законом оспоримыми или ничтожными[492].

Волеизъявление всегда обращено к третьим лицам. Как писал В.С. Ем, субъект должен адресовать свое волеизъявление другому лицу (лицам). Нельзя совершить сделку в отношении самого себя[493]. Этот вывод очень важен для понимания природы сделки.

Волеизъявление сопряжено с возникновением прав и/или обязанностей, реализация которых обеспечена мерами юридической защиты. Например, оферта, содержащая предложение продать вещь, создает обязанность для оферента претерпевать правовые последствия своей оферты (ст. 435, 436 ГК РФ). Для акцептанта она создает право выразить акцепт и тем самым установить правовое отношение (п. 1 ст. 433, 438 ГК РФ). Обязанность добросовестного ведения переговоров (выражения волеизъявлений) установлена ст. 434.1 ГК РФ.

Сделка направлена на установление, изменение или прекращение гражданского правоотношения. Это отмечали многие ученые. Ф.К. Савиньи разъяснял, что юридической сделкой является волеизъявление, когда воля свободно действующего лица направлена непосредственно на возникновение или прекраще-

---

491 См.: ст. 18 Федерального закона от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4746.

492 См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.06.2018 № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 8.

493 См.: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 340 (автор главы — В.С. Ем).

ние правоотношения[494]. Д.И. Мейер полагал, что юридической сделкой является всякое юридическое действие, направленное к изменению юридических отношений[495]. В статье 26 ГК РСФСР 1922 г. было сказано, что сделка есть действие, направленное на «установление, изменение или прекращение гражданских правоотношений». В.С. Ем писал, что сделкой является волеизъявление субъекта, совершенное с целью создания, изменения или прекращения его прав и обязанностей в отношениях с другим лицом (лицами)[496].

Следует отметить, что в ст. 56 проекта Гражданского уложения Российской империи сделками предлагалось именовать «действия, совершаемые для приобретения и прекращения гражданских прав». В статье 41 ГК РСФСР и ст. 26 Основ Гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. сделки тоже определялись как «действия, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав или обязанностей». Сходная норма содержится в ст. 153 ГК РФ. Как видим, вместо термина «правоотношение» законодатель стал использовать формулировку «права и обязанности».

Для квалификации волеизъявления в качестве сделки необходимо, чтобы субъект адресовал это волеизъявление другому лицу (лицам) с целью установить (изменить, прекратить) правовое отношение. Не имеет значения, адресовано ли волеизъявление одному конкретному лицу, нескольким определенным лицам или неопределенному кругу лиц. Важно, что субъект объективно выражает свою волю, делает ее доступной для восприятия другими лицами, имея намерение установить (изменить,

---

[494] См.: *Савиньи Ф.К.* Система современного римского права: В 8 т. Т. II / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. С. 212–214.

[495] См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд. 1902. Изд. 3-е, испр. М., 2003. С. 202–203.

[496] См.: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 333–334 (автор главы — В.С. Ем).

прекратить) правовую связь (свою или иного субъекта) с лицами, которым адресовано его волеизъявление.

Однако это не означает, что волеизъявление субъекта сразу создает правовые последствия в виде установления (изменения, прекращения) правового отношения. Во многих случаях одной сделки недостаточно, требуются дополнительные юридические факты. Такая совокупность юридических фактов называется юридическим составом[497]. В юридический состав могут входить сделки, административные акты, события и др. Примером подобного юридического состава является рассмотренная выше совокупность волеизъявлений. Договор аренды недвижимого имущества требует государственной регистрации, т. е. принятия административного акта уполномоченным органом государственной власти (п. 2 ст. 609 ГК РФ). Интересно, что письменный договор, не зарегистрированный в установленном порядке, создает правовое отношение между его участниками, но не повлечет правовых последствий для третьих лиц, которые не знали и не должны были знать о его заключении (п. 3 ст. 433 ГК РФ).

Не обязательно, чтобы правовое отношение возникало непременно с участием субъекта, совершающего сделку. Например, завещание гражданина для него самого юридически безразлично, поскольку правовые последствия могут возникнуть только после смерти завещателя. Причем наследник должен принять наследство (ст. 1152 ГК РФ). Цель завещания состоит в определении конкретных правовых последствий для наследников завещателя. К примеру, завещатель может лишить кого-либо из наследников по закону права становиться преемником наследодателя. Напротив, лицу, не являющемуся наследником по закону, такое право может быть предоставлено (ст. 1119 ГК РФ).

Сделка направлена на установление (изменение, прекращение) относительного правового отношения. Понятие гражданского правоотношения, как и сделки, является предметом научных

[497] См.: *Красавчиков О.А.* Юридические факты в советском гражданском праве // Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. М., 2005. С. 119.

споров[498]. Относительное гражданское правоотношение можно определить как юридическую связь равных, обладающих имущественной самостоятельностью и автономией воли, конкретных субъектов права, состоящую в наличии у них прав и/или обязанностей, реализация которых обеспечена силой государственного принуждения. Относительность означает, что круг участников этого отношения строго определен: одному или нескольким управомоченным (обязанным) лицам противостоят известные обязанные (управомоченные) субъекты. Примером является обязательственное отношение, например, возникшее из договора купли-продажи (ст. 307, 454 ГК РФ). Близость лексического значения слов «сделка» и «договор» косвенно подтверждает понимание сделки как юридического акта, направленного на установление (изменение, прекращение) отношения с другими субъектами. О.А. Красавчиков называл сделку юридическим актом, действием, направленным на движение (установление, изменение, прекращение) конкретного гражданского правоотношения[499].

Относительному правовому отношению противопоставляется абсолютное правоотношение, в котором одному управомоченному (обязанному) субъекту противостоит неопределенный круг лиц, которые не должны препятствовать реализации права (обязанности) данного субъекта. Например, абсолютным при-

[498] См.: *Алексеев С.С.* Собр. соч. В 10 т. Т. 3: Проблемы теории права: Курс лекций: Т. 1: Основные вопросы общей теории социалистического права (по изд. 1972 г.). М., 2010; *Иоффе О.С.* Правоотношение по советскому гражданскому праву // *Иоффе О.С.* Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000; *Кечекьян С.Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958; *Назаров Б.Л.* Социалистическое право в системе социальных связей: развитие взглядов на основе внутренней и внешней связи социалистического права. М., 1976; *Райхер В.К.* Абсолютные и относительные права // Известия эконом. ф-та Ленингр. политех. ин-та. 1928. Вып. 1 (XXVIII); *Толстой Ю.К.* К теории правоотношения. М., 1959; *Халфина Р.О.* Общее учение о правоотношении. М., 1974; *Чеговадзе Л.А.* Структура и состояние гражданского правоотношения. М., 2004; и др.

[499] См.: *Красавчиков О.А.* Юридические факты в советском гражданском праве// Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. М., 2005. С. 169, 172.

знается отношение между собственником вещи и всеми иными лицами[500].

А.Н. Радищев писал, что «верховная власть» имеет многие «средства направлять деяния граждан в стезю закона», которые «могут быть предметом общего законоположения»: предупреждающие, побуждающие, воспретительные[501]. Основными методами правового регулирования поведения людей в современном обществе являются дозволение и обязывание, позитивное и негативное[502]. Позитивное дозволение можно определить как право действовать, негативное — бездействовать. Позитивное обязывание означает необходимость совершать определенные действия, негативное обязывание — запрет действий. Думается, что правовая конструкция «абсолютного правоотношения» есть некая абстракция, модель, которая облегчает понимание юридического механизма регулирования отношений людей в обществе. Она может быть названа «отношением» лишь условно: это не правовая связь, не отношение между субъектами в строгом смысле. Речь идет о наделении лица субъективными правами и обязанностями определенного содержания, реализации которых не должны препятствовать никакие другие субъекты.

Например, посредством позитивного дозволения собственник наделяется правомочиями владения, пользования и распоряжения своим имуществом (п. 1 ст. 209 ГК РФ). Для всех остальных субъектов устанавливается запрет нарушать чужое право собственности. Получается, что лицу, обладающему аб-

[500] См.: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 122 (автор главы — В.С. Ем).

[501] См.: *Радищев А.Н.* Полное собрание соч. / под ред. Н.К. Пиксанова, В.А. Десницкого, Д.С. Бабкина и Б.Б. Кафенгауза. М., Л., 1954. Т. 3. С. 175.

[502] См.: *Алексеев С.С.* Собрание сочинений. В 10 т. Том 2: Специальные вопросы правоведения: Курс лекций: Общие дозволения и общие запреты в советском праве (по изд. 1989 г.). М., 2010. С. 226–267; *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 131–187; *Ем В.С.* Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории): дис. ... канд. юрид. наук. М., 1981; и др.

солютным правом совершать некие действия, можно противопоставить неопределенный круг лиц, абсолютно обязанных воздерживаться от действий.

В свою очередь, на собственника налагаются позитивные обязанности: бремя содержания его имущества (ст. 210 ГК РФ), риск случайной гибели (повреждения) этого имущества (ст. 211 ГК РФ), обязанность возместить вред, причиненный имуществом как источником повышенной опасности (ст. 1079 ГК РФ), и др. Собственнику как обладателю этих позитивных обязанностей можно противопоставить всех третьих лиц, имеющих негативное дозволение не совершать действия, предписанные собственнику.

Для собственника установлена негативная обязанность (запрет): его действия не должны противоречить закону, иным правовым актам, не должны нарушать права, охраняемые законом интересы иных лиц (п. 1, 2 ст. 209 ГК РФ).

Собственнику можно противопоставить неопределенный круг субъектов, имеющих позитивное дозволение требовать от собственника поведения, не нарушающего их права и законные интересы.

Как видим, лицу, обладающему абсолютным правом или обязанностью, можно произвольно противопоставить любого субъекта: их «отношения» носят умозрительный характер.

Представляется, что права и обязанности, установленные законом для всех и каждого: бездействовать, в том числе не нарушать чужое субъективное право; активно действовать, когда это требуется по прямому указанию, являются публичными. Признавая лицо обладателем субъективного права, правопорядок посредством методов дозволения и обязывания наделяет управомоченное лицо возможностью действовать (бездействовать), преимущественно по своему усмотрению, своей волей, в своем интересе. Управомоченное лицо также может наделяться рядом обязанностей (действовать или бездействовать), связанных с обладанием этими правами. Этому лицу как бы противопоставляются все остальные субъекты, наделенные негативной обязанностью (не нарушать чужое право) и негативным дозво-

лением (не исполнять за обязанное лицо его обязанности). Моделируется абсолютное правовое отношение, в котором одному управомоченному или обязанному лицу противостоит неопределенный круг обязанных или управомоченных лиц.

Установленные законом или иными нормативными актами дозволения и обязывания, адресованные субъектам права, конкретизируются в содержании относительного правового отношения в виде субъективных прав и обязанностей его участников. Имея общее позитивное дозволение (действовать) или негативное дозволение (бездействовать) в определенных ситуациях, участники правового отношения устанавливают свои права по отношению друг к другу.

На основе позитивных обязываний (требований совершать активные действия) или негативных обязываний (запретов, т. е. предписаний воздерживаться от совершения определенных действий) участники правовых отношений определяют взаимные субъективные обязанности. Соответствующую охрану и защиту правопорядок предоставляет любому субъективному гражданскому праву, как абсолютного, так и относительного характера (ст. 11–16.1 ГК РФ). Запрет нарушать чужое субъективное право устанавливается для неопределенного круга лиц.

Неслучайно п. 1 ст. 2 ГК РФ гласит, что гражданское законодательство «регулирует отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения), договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников».

В законе не сказано о «регулировании вещных или интеллектуальных отношений». Установлено, что «гражданское законодательство определяет» «основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав)». Закон защищает неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага (п. 2 ст. 2 ГК РФ). Провозгла-

шается неприкосновенность собственности, беспрепятственное осуществление и обеспечение восстановления нарушенных гражданских прав, их судебная защита (п. 1 ст. 1 ГК РФ).

В целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны и безопасности государства гражданские права ограничиваются на основании федерального закона, в той мере, в какой это необходимо (ч. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ).

Правопорядком определяются пределы осуществления гражданских прав (ст. 10 ГК РФ), устанавливается юридическая ответственность за неправомерное поведение, в том числе за недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом), за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязанностей, нарушение запретов и др. Причем дозволения и обязывания, ответственность за неправомерное поведение (правонарушение) устанавливаются не только гражданским, но также административным, уголовным и иным законом.

Е.П. Губин постоянно подчеркивает необходимость государственного регулирования рыночной экономики различными правовыми средствами[503]. С ним солидарны многие ученые. Пришло осознание ошибочности идеи полной свободы личности и освобождения ее от всяких общественных ограничений, связанное с усилением влияния публичного права на частноправовые отношения, включая отношения собственности[504]. Как отмечает Е.А. Суханов, субъективное право собственности не является безграничным: его пределы устанавливаются как

503 См.: *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005; *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности // Предпринимательское право. 2015. № 4; *Губин Е.П.* Теория и практика правового регулирования предпринимательской деятельности: соотношение и взаимосвязь // Предпринимательское право. 2018. № 1; Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2017 (автор главы 11 — Е.П. Губин); и др.

504 См.: *Schwab K.H., Prutting H.* Sachenrecht. 31. Aufl. Munchen, 2003. S. 111–112 // Цит. по: *Суханов Е.А.* Вещное право: научно-познавательный очерк. М., 2017. С. 127.

гражданским законодательством, так и нормативными актами публичного права. Переход от строго индивидуалистического понимания частной собственности к поискам баланса частных и публичных интересов был объективно необходим[505].

Предписания законодательства, адресованные всем и каждому участнику правовых отношений, носят публичный характер. Они обеспечиваются силой государственного принуждения: полное или частичное несоблюдение лицом этих предписаний может повлечь для него негативные последствия, в том числе юридическую ответственность (гражданскую, административную, и пр.).

Таким образом, гражданско-правовую сделку можно определить как правомерное волеизъявление субъекта гражданского права, направленное на установление, изменение или прекращение относительного гражданско-правового отношения.

Сторона сделки. Понятие стороны сделки является дискуссионным. Под стороной сделки можно понимать лицо, которое совершает сделку с целью принять на себя правовые последствия, типичные для данной сделки. Понятие «сторона» не совпадает с понятием «лицо», участвующее в сделке. Сторона может быть представлена несколькими лицами (субъектами). Согласно ст. 1118 ГК РФ с 1 июня 2019 г. завещание может быть совершено как одним гражданином, так и двумя гражданами, состоящими между собой в момент его совершения в браке (совместное завещание супругов). К супругам, составившим совместное завещание, применяются нормы о завещателе[506]. Это значит, что они рассматриваются как одна сторона (завещатель) единой сделки (завещания).

Односторонние, двусторонние и многосторонние сделки. Сделки могут быть односторонними, двусторонними, многосторонними (п. 1 ст. 154 ГК РФ). Сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или

[505] См.: *Суханов Е.А.* Вещное право: научно-познавательный очерк. М., 2017. С. 127.

[506] См.: ст. 2 Федерального закона от 19.07.2018 № 217-ФЗ «О внесении изменений в статью 256 части первой и часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 30. Ст. 4552.

соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны, считается односторонней (п. 1 ст. 154 ГК РФ). Двусторонней может быть названа сделка, в которой участвуют и могут участвовать только две стороны. Сделку, в которой участвуют и могут участвовать более двух сторон, следует признать многосторонней сделкой.

Сделка и договор: соотношение понятий. Юридические термины «сделка» и «договор» обозначают разные понятия. Правоведы разграничивают волеизъявление одного лица и соглашение двух и более лиц.

А.Н. Радищев замечал, что завещание состоит «в «изъявлении соизволения с одной только стороны», а договор есть «обоюдное или взаимное соизволение приобрести право или оным поступиться»[507].

В статье 151 проекта Гражданского уложения Российской империи 1898 г. различались: изъявления воли одного лица (завещательные распоряжения и др.) и договоры (соглашения) двух или нескольких лиц[508].

Ф.К. Савиньи указывал, что волеизъявление может быть выражено как односторонняя воля участника или как воля участника, совпадающая с волей одного или нескольких других лиц, т. е. как договор. Договор, порождающий права и обязанности каждого из участников, также является свободным действием в отношении каждого из них, т. е. юридической сделкой[509].

В.М. Хвостов писал, что односторонние сделки состоят в изъявлении воли только одного лица, а договоры состоят в согласовании воли двух или нескольких лиц[510].

---

[507] См.: *Радищев А.Н.* Полное собрание соч. / под ред. Н.К. Пиксанова, В.А. Десницкого, Д.С. Бабкина и Б.Б. Кафенгауза. М. Л., 1954. Т. 3. С. 175–179.

[508] См.: Проект книги первой Гражданского уложения. СПб., 1898. С. 30; *Томсинов В.А.* Понятие договора в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XX века // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2018. № 5. С. 17.

[509] См.: *Савиньи Ф.К.* Система современного римского права: В 8 т. Т. II / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им Савиньи, 2012. С. 212–214.

[510] *Хвостов В.М.* Система римского права. Учебник. М., 1996. С. 147.

Согласно п. 1 ст. 420 ГК РФ договор есть соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. По смыслу закона, договор является видом сделки (п. 1, 3 ст. 154 ГК РФ). Поэтому справедливо утверждение, что понятие сделки шире понятия договора: любой договор есть сделка, но не всякая сделка является договором[511]. Договор всегда является двусторонней или многосторонней сделкой.

Сходство односторонней сделки и договора состоит в том, что они могут установить, изменить или прекратить существующее относительное правоотношение. Так, одним из способов установления обязательственного отношения является совершение двух односторонних сделок: оферты и акцепта. Направление оферты (предложения заключить договор) одной стороной и ее акцепт (приятие предложения) другой стороной есть один из способов заключения договора (ст. 432, 433, 435, 438 ГК РФ). Другим способом являются, например, переговоры: устные или посредством переписки (ст. 434.1 ГК РФ).

Односторонняя сделка может изменить существующее обязательственное отношение. Например, поставщику может быть предоставлено право самостоятельно изменять ассортимент, количество и сроки поставки товара покупателю. Обязательственные отношения сторон, например, возникшие из договора поручения, могут быть прекращены путем односторонней сделки: отказа поверенного или отмены поручения доверителем (п. 1 ст. 977 ГК РФ).

Отличия односторонней сделки от договора. Основное отличие односторонней сделки от договора состоит в том, что договор может непосредственно, одним фактом своего существования, установить, изменить или прекратить относительное правовое отношение. Между тем односторонняя сделка далеко не всегда порождает такие последствия сама по себе. Для возникновения этих последствий требуются иные юридические факты и/или прямое указание закона.

---

511 См.: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 350 (автор главы — В.С. Ем); и др.

К примеру, выдача доверенности как односторонняя сделка порождает у поверенного право действовать от имени доверителя, у доверителя – обязанность претерпевать правовые последствия действий поверенного (ст. 185 ГК РФ). Однако эта сделка не приводит к установлению правового отношения между поверенным и доверителем. Для этого нужно согласие поверенного принять полномочия, т. е. его собственная односторонняя сделка. Только после этого между поверенным и доверителем возникнет обязательство (ст. 307, 971 ГК РФ).

Двусторонние и многосторонние договоры. Как гласит п. 3 ст. 154 ГК РФ, для заключения договора необходимо выражение согласованной воли двух сторон (двусторонняя сделка) либо трех или более сторон (многосторонняя сделка). Буквальное толкование нормы позволяет предположить, что в многосторонней сделке число сторон всегда больше двух. Аналогичный вывод может быть сделан из п. 4 ст. 420 ГК РФ, по смыслу которого многосторонним является договор, заключаемый более чем двумя сторонами.

Между тем такое утверждение было бы не вполне правильным. Действительно, договор, заключенный между тремя и более сторонами, является многосторонним договором. Однако если договор заключен между двумя лицами, это еще не значит, что он является двусторонним. Двусторонним договором можно назвать договор, для заключения которого необходимо и достаточно соглашения только двух сторон. Это означает, что никакой третьей, четвертой или иной по счету стороны в двустороннем договоре быть не может. Большинство гражданско-правовых договоров являются именно двусторонними. Сторонами договора купли-продажи являются продавец и покупатель (п. 1 ст. 454 ГК РФ); договора аренды — арендодатель и арендатор (ст. 606 ГК РФ); подряда — подрядчик и заказчик (п. 1 ст. 702 ГК РФ); хранения — хранитель и поклажедатель (п. 1 ст. 886 ГК РФ); поручения — поверенный и доверитель (п. 1 ст. 971 ГК РФ); комиссии — комиссионер и комитент (п. 1 ст. 990 ГК РФ). Перечисление можно продолжить. Иные лица, помимо сторон, могут участвовать в двустороннем договоре

либо на одной из сторон (множественность лиц), либо в качестве третьих лиц (ст. 430 ГК РФ). Например, супруги могут продавать жилой дом другой супружеской паре. В этом случае множественность лиц будет иметь место как на стороне продавца, так и на стороне покупателя. Договор страхования гражданской ответственности владельца автомобиля (источника повышенной опасности) заключается между страховщиком и страхователем в пользу третьего лица (потенциального потерпевшего).

В отличие от двустороннего договора, многосторонний по своей природе договор в принципе может заключаться между тремя, четырьмя и более сторонами. Примерами многосторонних договоров являются: договор простого товарищества (о совместной деятельности), участниками которого могут быть двое или несколько лиц — товарищей (п. 1 ст. 1041 ГК РФ); учредительный договор полного товарищества (п. 1 ст. 69 ГК РФ); и др. Трехсторонним договором может явиться договор лизинга (ст. 665 ГК РФ), заключенный между лизингодателем (арендодателем), лизингополучателем (арендатором) и продавцом имущества, передаваемого во временное владение и пользование лизингополучателю (арендатору).

Конкретный многосторонний договор может быть заключен между двумя лицами, каждое из которых является самостоятельной стороной. В дальнейшем к многостороннему договору могут присоединиться третья, четвертая, пятая и иная по счету сторона. Минимальное или максимальное число сторон многостороннего договора может быть определено законом.

Так, договор о совместной деятельности по созданию производственного кооператива должен заключаться не менее чем пятью гражданами (учредителями)[512]. Количество сторон в договоре об учреждении общества с ограниченной ответственностью не должно превышать пятьдесят (учредителей)[513]. Любопытно,

[512] См.: ст. 50.1 ГК РФ; ст. 4 Федерального закона от 08.05.1996 № 41-ФЗ «О производственных кооперативах» // СЗ РФ. 1996. № 20. Ст. 2321.

[513] См.: п. 1 ст. 88 ГК РФ; п. 5 ст. 11 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

что ст. 26 ГК РСФСР 1922 г. содержала более точную формулировку: сделки «могут быть односторонними и взаимными (договоры)». Таким образом, квалифицирующим признаком, позволяющим разграничить многосторонние и двусторонние по своей природе договоры, является потенциальная возможность заключения многостороннего договора между тремя и более сторонами.

При заключении (изменении, расторжении) многостороннего договора оферта, направленная одной стороной, должная быть акцептована всеми остальными сторонами. Изменение или расторжение многостороннего договора, исполнение которого связано с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, возможно по соглашению всех или большинства лиц, участвующих в договоре, если иное не установлено законом (п. 1 ст. 450 ГК РФ).

Сделка и юридический поступок. Наряду со сделками выделяют иной вид свободных действий, в которых воля лица направлена непосредственно на другие, не юридические цели, так что юридическое действие «отступает в сознании на второй план как подчиненное», либо «его решительно не желают»[514]. М.М. Агарков назвал эти действия юридическими поступками[515].

Сравнения юридических поступков и сделок проводились многими правоведами (О.А. Красавчиков[516] и др.). Юридический поступок обладает определенным сходством со сделкой: является правомерным действием, которое совершается субъектом права. Он может создать правовые последствия в виде возникновения, изменения или прекращения прав и/или обязанностей (правового отношения).

---

[514] См.: *Савиньи Ф.К.* Система современного римского права: В 8 т. Т. II / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. С. 212–214.

[515] См.: *Агарков М.М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т. II. М., 2002. С. 352.

[516] См.: *Красавчиков О.А.* Юридические факты в советском гражданском праве // Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. М., 2005. С. 168–172.

В то же время поступок имеет существенные отличия от сделки. Он не является осознанным, волевым, целенаправленным действием (волеизъявлением), совершаемым с намерением установить правовые последствия в виде возникновения, изменения или прекращения прав и/или обязанностей, относительного правового отношения. Для совершения поступка не требуется, чтобы субъект понимал значение своих действий и/или руководил ими. Поступок может быть совершен лицом, не обладающим сделкоспособностью. Например, гражданин, признанный судом недееспособным, рисует картину, собирает в лесу и ест общедоступные для сбора ягоды. В обоих случаях независимо от воли этого гражданина наступают правовые последствия в виде возникновения у него абсолютных прав: интеллектуальных прав на произведение (ст. 1228 ГК РФ[517]), права собственности на собранные ягоды (ст. 221 ГК РФ). Юридический поступок не требует особой формы и др.

Подводя итог сказанному, следует отметить, что сделки представляют собой распространенные, повседневные, разнообразные явления юридического быта. Это понятие невозможно определить краткой формулой[518]. Известно латинское выражение: omnis definition in jure periculosa est (любое определение в праве опасно). Право есть сама жизнь, общественные отношения постоянно меняются. Определения в праве меняются вместе с изменением отношений, развитием жизни[519].

---

[517] См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая): Федеральный закон от 18.12.2006 № 230-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 52. Ч. 1. Ст. 5496. Далее — ГК РФ.

[518] См.: *Томсинов В.А.* Понятие договора в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XX века // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2018. № 5. С. 25.

[519] См.: *Гальперин С.П.* Замечания на главу первую проекта V книги Гражданского уложения («Об обязательствах») // Вестник права. 1903. № 1. С. 62; *Каминка А.И.* Акционерные компании. Т. 1. СПб., 1902. С. 319; *Томсинов В.А.* Понятие обязательства в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XX века // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2018. № 3. С. 7.

Библиография:

1. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005.
2. *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности // Предпринимательское право. 2015. № 4.
3. *Губин Е.П.* Теория и практика правового регулирования предпринимательской деятельности: соотношение и взаимосвязь // Предпринимательское право. 2018. № 1.
4. *Ем В.С. Ни*чтожность сделок по действующему гражданскому законодательству // Вестник гражданского права. 2018. № 4. С. 12–45.
5. *Красавчиков О.А.* Юридические факты в советском гражданском праве // Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. М., 2005.
6. *Манигк А.* Развитие и критика учения о волеизъявлении // Вестник гражданского права. 2008. № 4; 2009. № 1; 2; 3.
7. *Савиньи Ф.К.* Система современного римского права: В 8 т. Т. II / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012.
8. Сделки: проблемы теории и практики: Сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2008.
9. *Скловский К.И.* Сделка и ее действие. М., 2012.
10. *Суханов Е.А.* Вещное право: научно-познавательный очерк. М., 2017.

3.5. Понятие и признаки предпринимательского договора

Аннотация. В статье рассматриваются нормативные и доктринальные признаки предпринимательского договора. Отмечается, что в действующем Гражданском кодексе нет легального определения предпринимательского договора. Несмотря на многоаспектность понятия, предпринимательский договор — это, прежде всего, волевой акт, т. е. взаимное соглашение двух и более сторон. В статье сделан вывод о том, что предпринимательский договор — комплексный правовой институт, сочетающий нормы частноправовых и публичных начал. Элементы публичного права особо присутствуют в договорах, заключаемых публично-правовыми образованиями, выступающими в качестве покупателей, заказчиков (публичные контракты).
Ключевые слова: предпринимательский договор, понятие и признаки, субъекты предпринимательской деятельности, предпринимательство, предпринимательская цель, административный договор, экономические аспекты предпринимательского договора, сфера действия предпринимательского договора.

Annotation. The article deals with the normative and doctrinal features of the entrepreneurial contract. It is noted that in the current Civil code for known reasons there is no legal definition of an entrepreneurial contract. Despite the multi-aspect concept, the business agreement is, first of all, a strong-willed act, i.e. a mutual agreement of two or more parties. The article concludes that the business agreement is a complex legal institution combining the norms of private and public principles. Elements of public law are particularly present in contracts concluded by public law entities acting as buyers, customers (public contracts).
Keywords: business contract concept and characteristics, entrepreneurial, entrepreneurship, business purpose, administrative contract, the economic aspects of business contract, scope of business agreement.

Понятие «предпринимательский договор» широко применяется в учебной и научной литературе[520]. Однако оно не получило легальной прописки в действующем законодательстве, а также в правоприменительной практике. Если в советское время термин «хозяйственный договор» часто встречался в нормативных правовых актах, то сейчас используются нейтральные словосочетания. Анализ положений Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) позволяет очертить несколько групп норм, которые в скрытой форме подразумевают предпринимательский договор. Коротко назовем их.

Во-первых, можно выделить нормы ГК РФ, указывающие на принадлежность лиц — участников договорных обязательств к *субъектам предпринимательской деятельности*. Так, законодатель прямо предусматривает необходимость участия коммерческих организаций во всех публичных договорах (ст. 426), договорах финансирования под уступку денежного требования (ст. 825), доверительного управления имуществом (ст. 1015) и коммерческой концессии (ст. 1027). ***Во-вторых,*** определенная группа норм Кодекса содержит правила, согласно которым в качестве стороны обязательства называются *лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность*. Это договор поставки (ст. 506), поставки товаров для государственных нужд (ст. 525), контрактации (ст. 535), хранения на товарном складе (ст. 907). И наконец, ***третья группа*** норм определяет *предпринимательские цели* использования передаваемого имущества. Так, по договору финансовой аренды (лизинга) арендодатель обязуется приобрести в собственность указанное арендатором имущество у определенного им продавца и предоставить арендатору это имущество за плату во временное владение и поль-

[520] См., например: *Занковский С.С.* Предпринимательские договоры / отв. ред. В.В. Лаптев. М., 2004; Договоры в предпринимательской деятельности / отв. ред. В.А. Павлодский, Т.Л. Левшина. М., 2008; Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд. М., 2017. С. 909–918; Предпринимательское право: Правовое сопровождение бизнеса: учебник для магистров / отв. ред. И.В. Ершова. М., 2017. С. 73–86.

зование для предпринимательских целей (ст. 665 ГК РФ)[521]. Вопрос: в чем причина такого положения?

Как всегда, здесь можно обнаружить ряд причин. Трудно представить (даже умозрительно), если в ГК РФ поместить определение понятия предпринимательского договора, хотя предложения такого рода поступали от некоторых ученых, в основном, от представителей концепции предпринимательского права. Раньше в литературе выдвигались аналогичные идеи о том, чтобы в Основах гражданского законодательства и гражданских кодексах особо выделить общие нормы о хозяйственных договорах. Но такие предложения не прошли до сих пор и вряд ли пройдут в обозримом будущем. ***Во-первых,*** структура и внутренняя логика ГК РФ не позволяют (без ущерба для концептуальной основы продукта цивилистической мысли) разместить общие положения о предпринимательском договоре, равно как нормы о конкретных видах данного договора. В реальной действительности практически невозможно провести разграничение между предпринимательскими и непредпринимательскими договорами, особенно это касается гражданско-правовых договоров с «двойным действием» (например, договоры купли-продажи, мены, аренды, подряда, комиссии, поручения и др.)

Эта же проблема возникает и в учебном процессе при преподавании курса предпринимательского (коммерческого) права. Весьма непростая задача — развести особенную часть ГК РФ на две составляющие. Надо четко определить, какие виды гражданско-правовых договоров читаются в курсе гражданского права, а какие — в курсе предпринимательского (коммерческого) права.

Выход из создавшейся ситуации ученые видят по-разному. Сторонники теории предпринимательского права традиционно предлагают в учебной программе сочетать вопросы государственного (публичного) регулирования предпринимательской деятельности с договорным (частноправовым) обеспечением со-

[521] См.: Предпринимательское право России: учебник / отв. ред. В.С. Белых. М., 2008. С. 583–594; *Виниченко С.И.* Цена как условие гражданско-правового (предпринимательского) договора: дис. … канд. юрид. наук, Екатеринбург, 1999. С. 70–71.

ответствующих отношений[522]. Отсюда появляются такие темы, как «правовое регулирование предпринимательской деятельности в сфере производства товаров», «правовые основы предпринимательства в строительстве». Иногда авторам учебников и учебных пособий по предпринимательскому праву не удается до конца выдерживать общую линию: наряду с указанными темами в учебную программу курса включаются также разделы о договорах, обеспечивающих реализацию товаров, выполнение работ и оказание услуг.

Представители современной концепции коммерческого права (В.Ф. Попондопуло, Б.И. Пугинский, В.В. Ровный и др.) выстраивают учебный курс с учетом собственных научных взглядов на природу коммерческого права. Так, согласно теоретическим воззрениям Б.И. Пугинского, предмет преподавания коммерческого права сужен до коммерции в буквальном смысле слова, т. е. до правового регулирования сугубо торговых (торгово-посреднических) и обслуживающих их отношений (хранение, перевозка, страхование и т. п.)[523].

Во-вторых, предпринимательский договор — это не договорный тип, а также не разновидность гражданско-правового договора в контексте ГК РФ. В Кодексе выделено 26 типов договоров, из которых лишь шесть (купля-продажа, рента, пожизненное содержание, аренда, подряд, заем и кредит, хранение) разделены на отдельные виды договоров. Остальные типы договоров не имеют видовой классификации. Следовательно, конструкция предпринимательского договора *не вписывается* в прокрустово ложе Кодекса.

Если встать на позицию включения предпринимательского договора в текст ГК РФ, тогда закономерно следовало бы дополнить Кодекс нормами о биржевых, банковских, инвестиционных и инновационных сделках. Но вряд ли это разумно с позиции гражданско-правового регулирования общественных

[522] См: *Анохин В.С.* Предпринимательское право: Учебник. М., 1999. С. 222–391.

[523] *Пугинский Б.И.* Коммерческое право России. М., 2000. С. 92–109, 194–219, 220–242.

отношений. Все указанные сделки являются гражданско-правовыми и вполне укладываются в рамки определенных типов и видов договоров. Ведь понятно, что при их классификации используются такие критерии, как виды деятельности и сфера применения (действия) договора.

Тем не менее понятие «предпринимательский договор» имеет право на жизнь, и не только в научных дискуссиях. Правовой режим предпринимательского договора обладает достаточно большой спецификой, позволяющей выделить его и противопоставить непредпринимательскому («потребительскому») договору. Однако легализация предпринимательского договора возможна, например, в предпринимательском (коммерческом) кодексе. Поэтому мы предлагали в проекте кодекса закрепить общие положения о предпринимательском договоре и его видах, а также уделить внимание договорам, таким как, например, договор буксировки, договоры на эксплуатацию железнодорожных подъездных путей необщего пользования, договор на оказание лоцманских услуг и др., не нашедшим отражения в ГК РФ.

О необходимости такой легитимации коммерческого договора говорят некоторые представители теории коммерческого права[524]. Правда, они отрицают какую-либо возможность принятия коммерческого кодекса. Для представителей коммерческого права последнее (как и предпринимательское право) — составная часть гражданского права со всеми вытекающими последствиями.

Симптоматично, что в законодательстве промышленно развитых стран коммерческие (торговые) договоры получили легальное закрепление в торговых (коммерческих) кодексах[525]. На базе дуализма частного права в ряде государств Европы произошло размежевание гражданского и торгового кодексов.

Итак, *предпринимательский договор* — это правовая категория, имеющая как общие, так и специальные признаки договора.

---

[524] См.: *Илюшина М.Н., Челышев М.Ю.* Коммерческое право: Учебное пособие / под ред. М.Н. Илюшиной. Казань, 2001. С. 154–155.

[525] См.: Коммерческий кодекс Франции / пер. с франц. В.Н. Захватаева. М., 2008; Торговое уложение Германии / сост. В. Бергман; пер. с нем. Е.А. Дубовицкая. М., 2005.

На наш взгляд, вряд ли удачны попытки рассматривать предпринимательский (хозяйственный) договор в качестве экономического понятия. Конечно, если очень постараться, то можно в нем (договоре) обнаружить экономические признаки, поскольку предпринимательский договор есть порождение и проявление внутренних свойств товара, в частности, эквивалентно-возмездного обмена на основе волеизъявления товаровладельцев[526]. Но в таком случае экономическую природу следует искать во всех юридических понятиях и конструкциях[527]. И, скажем, не только. В поисках научной истины ученые-юристы все чаще глобально увлечены комплексными экономико-правовыми исследованиями и, соответственно, разработками экономико-правовых понятий. Наблюдается и обратная тенденция, когда представители экономической науки используют юридическую терминологию и интерпретируют ее с позиции собственной науки. Так, А.В. Бусыгин определяет предпринимательский договор как волеизъявление сторон по поводу не организации, а осуществления предпринимательского процесса, не предполагающее объединение договаривающихся сторон в какую-либо единую организационно-правовую структуру[528]. Что понимает автор под «предпринимательским процессом»? Почему организация предпринимательства противопоставляется предпринимательскому процессу?

Предпринимательский договор — это, прежде всего, *волевой акт*, т. е. взаимное соглашение двух и более сторон. Именно волевые действия составляют сущность любого договора. Задолго до принятия Гражданского кодекса РФ 1994 г. О.А. Красавчиков справедливо писал: «Договор, напомним еще и еще раз, — согла-

---

[526] *Быков А.Г.* План и хозяйственный договор. М., 1975. С. 9; см. также: *Федоров И.В.* Хозяйственный договор — особый вид гражданско-правового договора: Труды Томского государственного университета им. В.В. Куйбышева. Т. 219. Томск, 1971. С. 44; и др.

[527] На наш взгляд, нельзя смешивать экономическое понятие и экономический аспект, равно юридическое понятие и юридический признак. Например, качество продукции (работ, услуг) — это технико-экономическое понятие. Но у него имеется правовой аспект: соответствие качества продукции требованиям стандартам и условиям заключенного договора.

[528] *Бусыгин А.В.* Предпринимательство. Основной курс: Учебник. М., 1997. С. 405.

шение сторон»[529]. И лишь затем договор представляет собой юридический факт (сделку), гражданское правоотношение и документ.

В литературе встречается мнение, согласно которому предпринимательский договор является собирательным понятием[530]. В этом качестве он охватывает отдельные гражданско-правовые договоры (самостоятельные правовые институты). Вместе с тем такое мнение вызывает обоснованные возражения по ряду причин. Прежде всего, собирательное понятие нейтрализует, как нам представляется, специфические свойства предпринимательского договора, а главное — утрачивается смысл его выделения в обособленную группу. Зачем исследовать правовой режим предпринимательского договора, если последний есть обиходное либо собирательное понятие? С другой стороны, мы (вслед за другими авторами) утверждаем, что предпринимательский договор не укладывается в существующую систему договорных институтов.

Каковы же критерии отнесения договора к разряду предпринимательского? ***Первый критерий*** — это отношения (связи), складывающиеся в сфере предпринимательства. По поводу предпринимательской деятельности возникают, как известно, различного рода общественные отношения: а) предпринимательские (горизонтальные); б) предпринимательские (вертикальные); в) корпоративные. Предпринимательский договор как индивидуальный акт регулирует, прежде всего, горизонтальные имущественные отношения[531]. В этом качестве он является разновидностью гражданско-правового договора.

---

[529] *Красавчиков О.А.* Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции: Гражданско-правовой договор и его функции. Межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1980. С. 10.

[530] Д.М. Генкин считал хозяйственный договор не более чем обиходным термином, служащим для обозначения всех применяемых в хозяйственной деятельности социалистических организаций гражданско-правовых договоров (Гражданское право стран народной демократии / под ред. Д.М. Генкина. М., 1958. С. 39).

[531] По мнению М.Ф. Казанцева, гражданско-правовой договор по своей природе является правовым актом и в этом качестве стоит в одном понятийном ряду с законом, иными нормативными и ненормативными правовыми актами (см.: *Казанцев М.Ф.* Концепция гражданско-правового договорного регулирования: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 4, 12). Данная точка зрения не бесспорна и вызвала критические суждения.

Спорен вопрос о возможности договорной регламентации управленческих связей. Здесь речь идет об административных договорах, которые характеризуются следующими признаками: а) они опосредуют горизонтальные административные отношения; б) договор оформляет, как правило, связь типа «орган управления — орган управления»; в) посредством договора реализуются властно-организационные функции органов управления; г) договор регулирует отношения сторон на основе их юридического равенства (эта точка зрения не бесспорна); д) административный договор является средством реализации правоспособности (компетенции) органа управления[532]. Не вдаваясь в какую-либо дискуссию по этому вопросу, отметим, что мы согласны с позицией тех ученых, которые отстаивают существование административного договора. К их числу, по мнению видного ученого Д.Н. Бахраха, относятся договоры о делегировании полномочий; договоры в сфере управления государственной собственностью; договоры, обеспечивающие государственные нужды (государственные контракты); финансовые и налоговые соглашения; различного рода концессии и инвестиционные соглашения[533]. Тема административных договоров, особенно в свете проблемы предпринимательского договора, заслуживает пристального внимания ученых. Каждый из названных видов административного договора — предмет самостоятельного исследования.

Внутрифирменные (внутрихозяйственные) отношения не являются объектом предпринимательского договора. В рамках возникающих производственных отношений (например, межцеховых) заключаются соглашения, которые носят неправовой характер. Прав М.Ф. Казанцев, называя такое соглашение производственным неправовым договором, направленным на регулирование неправовых отношений в производственной сфере, т. е. в сфере общественной жизни[534]. В случаях, когда речь идет о

[532] Договор в народном хозяйстве: (вопросы общей теории) / Сулейменов М.К., Покровский Б.В., Жакенов В.А. и др. Алма-Ата, 1987. С. 145.

[533] *Бахрах Д.Н.* Административное право России. Учебник для вузов. М., 2000. С. 341; *Тихомиров Ю.А.* Публичное право: Учебник. М., 1995. С. 184.

[534] *Казанцев М.Ф.* Договорное регулирование. Цивилистическая концепция. Екатеринбург: УрО РАН, 2005. С. 56.

внешних корпоративных отношениях (например, о взаимоотношениях учредителей (участников) коммерческой организации), резонно возникает вопрос о принадлежности учредительного договора к разряду предпринимательского[535].

Субъектный состав — ***второй критерий*** принадлежности того или иного договора к предпринимательскому. Мы считаем, что договор является предпринимательским, если обе стороны — субъекты предпринимательской деятельности. Причем под субъектами предпринимательской деятельности следует понимать индивидуальных предпринимателей и коммерческие организации, основная цель которых — извлечение прибыли. В настоящее время некоммерческие организации не могут осуществлять предпринимательскую деятельность. В соответствии с п. 4 ст. 50 ГК РФ (в новой редакции) некоммерческие организации могут осуществлять приносящую доход деятельность, если это предусмотрено их уставами, лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и если это соответствует таким целям. ***Таким образом,*** законодатель проводит разграничение между предпринимательской деятельностью и деятельностью, приносящей доход.

Напротив, если в гражданско-правовом договоре одна сторона — субъект предпринимательской деятельности, а другая представлена в лице физического лица, то такой договор нельзя, на наш взгляд, отнести к числу предпринимательского. Простой пример: покупатель, осуществляющий покупки в магазине розничной торговли, заключает гражданско-правовой договор с коммерческой организацией (универмагом). Такой договор следует считать потребительским, а не предпринимательским, даже если в последующем покупатель решил перепродать приобретенный товар в целях извлечения дохода. Другое дело, когда физическое лицо (без статуса индивидуального предпринимателя) систематически приобретает продукты для дальнейшей их реализации с целью получения прибыли, тогда в силу п. 4 ст. 23 ГК РФ гражданин не вправе ссылаться на то, что он не является

[535] См.: *Белых В.С.* О корпорации, корпоративных отношениях и корпоративном праве // Бизнес, менеджмент и право. 2006. № 2. С. 58–59.

предпринимателем. Это означает, что в каждой конкретной ситуации надо усматривать признаки предпринимательского договора или, напротив, увидеть отсутствие таковых.

В сравнительном плане приведем мнение известного английского ученого Р. Гуда: «В ряде государств, входящих в европейскую правовую систему, договоры формально делятся относительно того, одна или несколько сторон заключают их при осуществлении предпринимательской деятельности. Например, во французском праве договоры делятся на коммерческие, гражданские или смешанные. Коммерческие договоры — это договоры, которые заключаются между предпринимателями, преследующими коммерческий интерес. В чисто гражданских договорах ни одна из сторон не действует в качестве предпринимателя. Смешанные договоры — это договоры, заключенные между предпринимателем, действующим из коммерческого интереса, и лицом, которое не является предпринимателем и осуществляет свои действия, не преследуя коммерческого интереса»[536]. Здесь все понятно и соответствует в целом распространенному мнению в отечественной литературе о соотношении коммерческих и некоммерческих договоров. Мы также придерживаемся аналогичного мнения и считаем целесообразным указанное деление договоров.

И, наконец, предпринимательская цель использования передаваемого имущества — ***следующий критерий*** отнесения договора к группе предпринимательского. Как уже отмечалось ранее, данный критерий применяется, например, при заключении договора финансовой аренды (лизинга). Аналогичные свойства договора применяется и в других случаях. В частности, в легальном определении договора поставки (наряду с указанием на поставщика, осуществляющего предпринимательскую деятельность) говорится также о приобретении покупателем товаров для использования в предпринимательских целях или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием (ст. 506 ГК РФ). Правда, здесь имеет

536 См.: *Goode R.* Commercial Law. Second end. L., 1995. P. 141.

место некоторое смешение сферы и цели использования проданных товаров.

Подводя итоги сказанному, можно сформулировать следующее определение понятия предпринимательского договора. *Предпринимательский договор* есть двух- или многостороннее соглашение субъектов предпринимательской деятельности, направленное на осуществление предпринимательских целей, в сфере предпринимательской деятельности. *Предпринимательский договор* — комплексный правовой институт, сочетающий нормы частноправовых и публичных начал. Элементы публичного права особо присутствуют в договорах, заключаемых публично-правовыми образованиями, выступающими в качестве покупателей, заказчиков[537]. Поэтому можно утверждать, что предпринимательский договор представляет собой межотраслевое (комплексное) понятие. Наглядный пример: концессионное соглашение. Оно является, ***во-первых***, примером смешанного гражданско-правового договора (п. 3 ст. 421 ГК РФ), ***во-вторых***, оно (соглашение) является комплексным (межотраслевым), гармонично сочетающим элементы частного и публичного права. Учитывая изложенное, концессионное соглашение можно, на наш взгляд, отнести к комбинированным договорам; в нем сочетаются элементы, с одной стороны, смешанного, с другой, комплексного договора[538]. В реальной действительности такая ситуация возможна, если не впадать в крайности теоретических рассуждений о цивилистической чистоте концессионного соглашения.

Библиография:

1. *Анохин В.С.* Предпринимательское право: Учебник. М., 1999.
2. *Белых В.С.* О корпорации, корпоративных отношениях и корпоративном праве // Бизнес, менеджмент и право. 2006. № 2. С. 58–59.

---

[537] Предпринимательское право: Правовое сопровождение бизнеса: учебник для магистров / отв. ред. И.В. Ершова. С. 78–79.

[538] См.: Предпринимательское право России: учебник / отв. ред. В.С. Белых. М., 2008. С. 593.

3. *Бусыгин А.В.* Предпринимательство. Основной курс: Учебник. М., 1997.
4. *Быков А.Г.* План и хозяйственный договор. М., 1975.
5. Договоры в предпринимательской деятельности / отв. ред. В.А. Павлодский, Т.Л. Левшина. М., 2008.
6. *Занковский С.С.* Предпринимательские договоры / отв. ред. В.В. Лаптев. М., 2004.
7. *Казанцев М.Ф.* Договорное регулирование. Цивилистическая концепция. Екатеринбург: УрО РАН, 2005.
8. Предпринимательское право России: учебник / отв. ред. В.С. Белых. М., 2008.
9. Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд. М., 2017.
10. Предпринимательское право: Правовое сопровождение бизнеса: учебник для магистров / отв. ред. И.В. Ершова. М., 2017.

3.6. Достоверность и недостоверность сведений (данных), включаемых или включенных в ЕГРЮЛ: история, теория и практика

Аннотация. Для участников современного гражданского оборота важно иметь возможность быстрого поиска и получения актуальной и соответствующей фактическим обстоятельствам информации о других участниках — юридических лицах; не менее важна эта информация и для различных государственных органов. Аккумулирование соответствующих сведений (данных), как правило, происходит в рамках реестра, сведениям из которого участники оборота могут в достаточной степени довериться, без необходимости проверять соответствующие сведения о юридическом лице из других источников. Таким ресурсом в Российской Федерации является ЕГРЮЛ, сведения из которого наделены принципом публичной достоверности. Статья посвящена анализу процесса формирования в российском законодательстве институтов: публичной достоверности реестра, проверки достоверности сведений в реестре, а также норм, устанавливающих последствий выявления недостоверных сведений.
Ключевые слова: юридическое лицо, создание юридического лица, государственная регистрация юридического лица, реестр, единый государственный реестр юридических лиц, публичная достоверность реестра, недостоверные сведения, проверка достоверности сведений, включаемых в реестр.

Annotation. For the participants of civil turnover it is important to have the ability to quickly search and retrieve relevant and appropriate to the actual circumstances of the information about other participants – legal persons. This information is equally important for various government agencies. The accumulation of relevant information, usually occurs within that registry, information from which participants can turnover sufficiently to confide in, without having to check for relevant information from other sources. Such resource in the Russian Federation formally is USRLE, data from which are allocated with the principle of public reliability. The article is devoted to the analysis of the process of

formation of institutions in the Russian legislation: public reliability of the register, verification of the reliability of information in the register, as well as the rules establishing the consequences of identifying false information.

Keywords: legal entity, creation of legal entity, state registration of legal entity, register, unified state register of legal entities, public reliability of the register, false information, verification of reliability of information included in the register.

В российском законодательстве (в широком смысле этого понятия) в последние годы (с 2013 г.) наблюдается взрывной рост положений, направленных на обеспечение достоверности сведений (данных) в ЕГРЮЛ.

Долгое время до этого указанные вопросы либо не находились в центре внимания законодателя, либо при констатации проблемы принимаемые правовые решения не могли быть признанными адекватными проблеме. Однако с 2013 г. ситуация радикально изменилась; в законодательстве появились нормы, направленные на обеспечение достоверности данных в ЕГРЮЛ, идет его «зачистка» от организаций, не сдающих вовремя отчетность (т. н. организаций, фактически прекративших свою деятельность). Для оценки нового регулирования важно посмотреть, каким образом и почему оно сложилось, какие риски несет и насколько является эффективным, в том числе с точки зрения баланса частных и публичных интересов.

Становление современной российской регистрационной системы создания юридических лиц начинается в конце 80-х годов прошлого века[539] на фоне проведения экономических реформ, существенного роста негосударственного сектора, необходимости учета новыхм (негосударственных) субъектов экономической деятельности[540]. В связи с этим был востребован институт

[539] Попытки создания системы регистрации различных юридических лиц имели место еще с начала XX века.

[540] См. *Тихомиров Ю.А.* Государственная регистрация статусов юридических и физических лиц, их юридических действий и актов // Право и экономика. 2000. № 1. С. 3; *Лазариди А.С.* Государственная регистрация юридических лиц: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 3.

регистрации юридического лица, эффективное, как указывает *Е.П. Губин*, средство государственного регулирования[541]. Сначала (см. ст. 11 Закона СССР от 26 мая 1988 г. № 8998-XI «О кооперации в СССР») появляется указание на необходимость государственной регистрации отдельных видов организаций, и положение о том, что такая организация считается созданной с момента государственной регистрации. Ни о каком специальном хранилище, реестре, регистре и проч. (тем более централизованном), содержащем сведения о таких организациях, речи не шло; достаточной считалась публикация сообщения в местной печати о создании, а также предоставление такой организацией соответствующей отчетности. Однако, уже начиная с 1990 г. союзные акты, а также акты РСФСР, как общего характера, так и касающиеся создания и определения правового положения юридических лиц отдельных видов, помимо указания о необходимости государственной регистрации начинают использовать слово *реестр*, а также (в некоторых актах) — словосочетания *данные государственной регистрации* или *сведения, содержащиеся в реестре*. При этом никакого единства в части используемых понятий здесь не наблюдалось[542]. Ни один из документов не содержал указаний о значении «реестров» (как бы они ни назывались), о значении сведений (данных), содержащихся в них, соответствии таких данных фактическим обстоятельствам; не содержали они и слов «достоверные» или «недостоверные» в от-

---

[541] См.: *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы: монография. Репр. изд. М., Норма: ИНФРА-М, 2017. С. 262.

[542] См.: ст. 6 Закона СССР от 04.06.1990 № 1529-1 «О предприятиях в СССР», п. 6 постановления Совмина СССР от 19.06.1990 № 590 «Об утверждении Положения об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью и Положения о ценных бумагах», письмо Минфина СССР от 22.08.1990 № 106 «О порядке ведения Единого государственного реестра акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью», ст. 34 Закона РСФСР от 25.12.1990 № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности», п. 5 постановления Совета Министров РСФСР от 25.12.1990 № 601 «Об утверждении Положения об акционерных обществах», ст. 13 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик, утвержденные ВС СССР 31.05.1991 № 2211-1.

ношении сведений (данных), вносимых или находящихся в указанных «реестрах».

Впервые слово *достоверность* применительно к процессу внесения сведений (данных) в реестр, появляется в 1993 г. — в Положении о порядке ведения Государственного реестра предприятий, утвержденном Государственной налоговой службой РФ 12 апреля 1993 г. № ЮУ-4-12/65Н[543]. Этот документ дал определение реестра как списков, содержащих *сведения* о действующих, вновь созданных, реорганизованных и ликвидированных предприятиях, независимо от их организационно-правовой формы, формы собственности и видов деятельности, расположенных на территории Российской Федерации. Внесение записи в реестр не носило конститутивного характера: юридическое лицо уже было зарегистрировано, создано; хотя осуществлять деятельность без налоговой регистрации оно не могло, а потому внесение в реестр имело значение для возможности осуществления юридическим лицом своих прав и исполнения обязанностей. Внесение сведений в реестр обусловливалось осуществлением *контроля за достоверностью представленной информации* (п. 9.2); «Карта постановки на налоговый учет и включения в Государственный реестр предприятий» (приложение к документу) включала среди прочего и указание на *подтверждение достоверности сведений* подписями руководителя и главного бухгалтера организации. Документ предусматривал необходимость сообщения об изменении учредительных документов, а также в случае «изменения показателей», ранее указанных в карте постановки на налоговый учет.

В 1994 г. принимается Положение о порядке государственной регистрации субъектов предпринимательской деятельности (утверждено Указом Президента РФ от 8 июля 1994 г. № 1482

[543] В конце 1991 г. было принято Положение о Государственной налоговой службе Российской Федерации (утв. Указом Президента РФ от 31.12.1991 № 340), в соответствии с которым на этот орган было возложено ведение Государственного реестра предприятий, (причем независимо от их организационно-правовой формы), а также представлено этому органу право утвердить порядок ведения такого реестра.

«Об упорядочении государственной регистрации предприятий и предпринимателей на территории Российской Федерации»). В отмеченных документах (указ и утвержденное им положение) не вводилось какого-то специального регулирования в части порядка ведения реестра; для обозначения реестра использовались понятия, которые не встречаются в более ранних документах[544]. В Положении о порядке государственной регистрации субъектов предпринимательской деятельности в отличие от ранее указанных документов, появилось понятие *недостоверные сведения*[545].

Анализ указанных актов показывает следующее:

— отсутствие связи между фактом государственной регистрации и внесением сведений (данных) в соответствующий реестр;
— внесение записи в реестр не носило конститутивного ха-

[544] К примеру, в тексте указа (п. 4) давалось поручение Правительству Российской Федерации внести изменения в действующий порядок ведения «*единого государственного реестра субъектов предпринимательской деятельности*», а в тексте утвержденного им Положения говорилось просто о «*государственном реестре*» (п. 15), в который подлежали включению «данные о государственной регистрации».

[545] Во-первых, на случай установления таких сведений (п. 11), содержащихся в представленных документах, появилось указание на обязанность органа, осуществившего государственную регистрацию, в течение одного календарного месяца *со дня регистрации* уведомить предприятие о необходимости внесения соответствующих дополнений и/или изменений в учредительные документы. Также для этого случая появилась обязанность предприятия в течение семи календарных дней с даты получения указанного уведомления внести соответствующие дополнения и/или изменения в учредительные документы и представить их в орган, осуществивший регистрацию предприятия. В случае же непредставления предприятием сведений о внесении изменений и/или дополнений в учредительные документы в установленные сроки (п. 12) орган, осуществивший регистрацию предприятия, обязывался обратиться в арбитражный суд с иском о признании недействительными (полностью или частично) учредительных документов предприятия. Во-вторых, отдельное последствие указывалось для случая (п. 4) «недостоверности указанного в учредительных документах (уставе) местонахождения предприятия»: ответственность за ущерб, который мог быть причинен третьим лицам.

рактера, а сами сведения в реестре в большей части носили информационный характер;

— отсутствие самой концепции «достоверности сведений (данных)», находящихся в реестре, равно как и отсутствие системного регулирования последствий установления недостоверности сведений (данных): никаких положений о системной проверке вносимых сведений (данных), системной деятельности по выявлению недостоверных сведений (данных), в документах не было.

В декабре 1994 г. была принята часть первая ГК РФ, в которой вопросам государственной регистрации была посвящена специальная статья — 51. Ее значение можно рассматривать двояко. С одной стороны, ее положения означали окончание становления в России в качестве общей и единственной регистрационной системы создания юридических лиц: было указано, что юридическое лицо подлежит государственной регистрации в органах юстиции в порядке, определяемом законом о регистрации юридических лиц, и что оно считается созданным с момента его государственной регистрации. Кроме того, впервые появилось указание на название реестра, существующее и поныне: *единый государственный реестр юридических лиц* (далее — ЕГРЮЛ). С другой, эта статья, во-первых, сохранила «разрыв» между фактом регистрации и внесением записи в указанный реестр («данные государственной регистрации..., включаются в единый государственный реестр юридических лиц, открытый для всеобщего ознакомления»), а, во-вторых, *статья не содержала никаких положений ни о «достоверности» сведений (данных) реестра, ни о последствиях выявления их «недостоверности»*.

Возможно, здесь сказался подход законодателя к формированию текста ГК РФ: в нем планировалось кодифицировать нормы гражданского права; вопросы же регистрации, в т. ч. проверки достоверности (и/или законности) вносимых сведений (данных), установления последствий выявлениях их недостоверности и т. д., относились к публичной сфере, поэтому их планировали аккумулировать в указанном в статье ст. 51 ГК РФ «законе о регистрации юридических лиц».

Первым законом, где появилось указание на последствия недостоверности сведений, стал Федеральный закон от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» (далее — Закон о свободе совести). Статья 12 указанного закона в качестве оснований для отказа в государственной регистрации религиозной организации указывала на *недостоверность содержащихся в уставе и других представленных документах сведений*.

Упомянутый в ГК РФ закон о регистрации юридических лиц (Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц» (далее также — Закон о государственной регистрации юридических лиц, даже в тех случаях, когда речь пойдет об этом законе с измененным наименованием)) появился только в 2001 г.[546]

Однако его первоначальная редакция в части интересующих нас вопросов была довольно «бедной». Его ст. 4 указывала, что ЕГРЮЛ содержит сведения о создании, реорганизации и ликвидации юридических лиц и соответствующие документы[547]; ЕГРЮЛ объявлялся «федеральным информационным ресурсом». По существу, опять речь шла о том, что сведения этого реестра носят информационный характер.

Понятие «достоверность» использовалось в нескольких значениях.

Во-первых, ст. 5 Закона о государственной регистрации юридических лиц содержала норму о том, что при несоответствии

[546] До этого была попытка принять Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц» (законопроект № 95803397-1). Этот проект был принят, одобрен Советом Федерации, но отклонен Президентом РФ, а в результате повторного рассмотрения снят с рассмотрения 15 ноября 1999 г. (историю рассмотрения этого законопроекта см. на сайте Государственной Думы: http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=95803397-1&02 (дата обращения 18.12.2018); текст проекта — в СПС «КонсультантПлюс»).

[547] Обратим внимание, что в отличие от ст. 51 ГК РФ, где говорилось о «данных», статья использовала понятие «сведения»; эта «родовая» черта — использование одновременно двух понятий: «данные» и «сведения» — будет сопровождать нормативные акты в части государственной регистрации на всем протяжении далее вплоть до настоящего времени.

сведений, которые должен содержать ЕГРЮЛ, сведениям, содержащимся в документах, представленных при государственной регистрации, сведения, указанные в ЕГРЮЛ, *считаются достоверными* до внесения в них соответствующих исправлений. То есть, «достоверность» сведений ЕГРЮЛ в данном аспекте рассматривалась для целей преодоления разночтений содержания сведений в представленных документах, и сведений, находящихся в ЕГРЮЛ.

Во-вторых, достоверность сведений, вносимых в ЕГРЮЛ, исходя из ст. 9, 12, 14, 17 Закона о государственной регистрации юридических лиц, относилась на добросовестность заявителя: при государственной регистрации в регистрирующий орган представлялось подписанное заявителем заявление о государственной регистрации, в котором подтверждалось, что сведения, содержащиеся в учредительных документах, иных представленных для государственной регистрации документах, заявлении о государственной регистрации, *достоверны*[548].

Интересно, что ст. 23 Закона о государственной регистрации юридических лиц, устанавливавшая основания для отказа в государственной регистрации (таких оснований всего было 2), *не содержала никакого специального основания, связанного с выявленной недостоверностью сведений* (при том, заметим, что к этому времени уже имелся Закон о свободе совести, в котором соответствующий подход был использован). Статья 25 Закона о государственной регистрации юридических лиц лишь устанавливала самые общие положения об ответственности за предоставление недостоверных сведений: «заявители и(или) юридические лица несут ответственность, установленную законодательством Рос-

[548] Соответствующие формулировки были закреплены в формах заявлений, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 19.06.2002 № 439 «Об утверждении форм документов, используемых при государственной регистрации юридических лиц, и требований к их оформлению». К примеру, в форме № Р11001 «Заявление о государственной регистрации юридического лица при создании» содержалась следующая формулировка: «Мною подтверждается, что: *…сведения, содержащиеся в этих учредительных документах, иных представленных для государственной регистрации документах, заявлении о государственной регистрации, достоверны…*».

сийской Федерации». Теоретически, исходя из п. 2 ст. 25 закона, выявление такого факта могло служить основанием для предъявления требований о ликвидации юридического лица. Однако, во-первых, Закон говорил не об обязанности предъявлять соответствующее требование, а лишь о праве[549], а во-вторых, предъявление такого требования касалось только случая создания юридического лица, но не охватывало ситуации внесения недостоверных сведений в процессе его существования.

В 2002–2003 гг. в ГК РФ и Закон о государственной регистрации юридических лиц были внесены изменения, устранившие указанный «разрыв» между фактом регистрации и внесением записи в указанный реестр. В частности, в ст. 51 ГК РФ появилось указание о том, что *юридическое лицо считается созданным со дня внесения соответствующей записи в ЕГРЮЛ*. В 2003 г. в Закон о государственной регистрации юридических лиц (ст. 1) были внесены изменения, давшие новое определение государственной регистрации[550].

Таким образом, значение ЕГРЮЛ значительно возросло, хотя никаких норм относительно проверки достоверности сведений (данных), как вносимых в него, так и находящихся в нем, в ГК РФ и Законе о государственной регистрации юридических лиц по-прежнему не было.

Отметим, что, скорее всего, такое положение диктовалось не невниманием законодателя к этому предмету, а *общим либеральным подходом*, которого придерживался законодатель в отношении процедуры создания юридических лиц (исключая отдельные их виды, прежде всего некоммерческие организации).

[549] Что вызывало справедливую критику ученых (см.: *Чуряев А.В.* Государственная регистрация юридических лиц в России: отдельные аспекты // Адвокат. 2006. № 4. С. 96).

[550] Как актов уполномоченного федерального органа исполнительной власти, осуществляемых *посредством внесения в государственные реестры* сведений о создании, реорганизации и ликвидации юридических лиц, приобретении физическими лицами статуса индивидуального предпринимателя, прекращении физическими лицами деятельности в качестве индивидуальных предпринимателей, иных сведений о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях.

Регистрирующий орган при наличии формально полного перечня документов был обязан произвести государственную регистрацию; проверка учредительных документов, а также иных документов и сведений (данных), в них содержащихся (и с точки зрения соответствия закону, и с точки зрения их достоверности), была исключена.

Исключение из правил здесь составляла та часть нормативного материала, которая касалась регистрации некоторых видов некоммерческих организаций. В 2002 г. в Федеральный закон от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» (далее — Закон об общественных объединениях) были внесения изменения, в соответствии с которыми в качестве основания для отказа в регистрации общественного объединения было установлено выявление в представленных *учредительных документах недостоверной информации*[551].

Между тем на практике начал формироваться запрос на новое регулирование, суть которого заключалась в отказе от формальных подходов к государственной регистрации, подмеченный в научных исследованиях (см. работы *Д.В. Ломакина, В.В. Залесского, Н.В. Козловой, С.В. Сарбаша, А.В. Чуряева*[552]).

---

[551] В еще более широком контексте недостоверность понималась в Правилах рассмотрения заявлений и принятия Министерством юстиции Российской Федерации и его территориальными органами решения о государственной регистрации торгово-промышленных палат, общественных объединений, в том числе политических партий, профсоюзов и национально-культурных автономий, утвержденных приказом Министерства юстиции РФ от 25.03.2003 № 68 «Об утверждении правил рассмотрения заявлений и принятия решения о государственной регистрации», которые устанавливали, что принятию решения о государственной регистрации общественного объединения предшествует подготовка материалов к рассмотрению, в ходе которой анализируются устав и другие учредительные документы, в том числе с точки зрения *«достоверности информации, содержащейся в представленных на государственную регистрацию учредительных документах».*

[552] См.: *Ломакин Д.В.* О проекте Федерального закона «О государственной регистрации юридически лиц» // Законодательство. 2001. № 6. С. 76; *Залесский В.В.* Комментарий к Закону о государственной регистрации юридических лиц // Право и экономика. 2002. № 2. С. 14; *Козлова Н.* Создание юридических лиц: взгляд в будущее // Хозяйство и право. 2002. № 1(300). С. 107; *Сарбаш С.В.* Комментарий основных положений Федерального закона

Первые изменения в федеральных законах, составлявших основу системы государственной регистрации, начались в 2006 г. Новации в первую очередь коснулись некоммерческих организаций. Федеральным законом от 10 января 2006 г. № 18-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» были внесены изменения в Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (далее — Закон о некоммерческих организациях). Этими изменениями, во-первых, была введена в указанный закон специальная статья об основаниях для отказа в государственной регистрации, в которой появилось такое «каучуковое» основание для отказа, как противоречие учредительных документов некоммерческой организации Конституции Российской Федерации и законодательству Российской Федерации; также появилось такое основание общего характера, как оформление документов «в ненадлежащем порядке». Это основание позволяло уже на стадии регистрации при выявлении недостоверных сведений (данных) принимать решение об отказе в государственной регистрации. Во-вторых, была введена ст. 13.2 («Уведомление о создании на территории Российской Федерации филиала или представительства иностранной некоммерческой неправительственной организации»), в которой появилось указание на последствия предоставления *недостоверной информации*. В частности, иностранной некоммерческой неправительственной организации могло быть отказано во внесении в реестр сведений о филиале или представительстве, если «установлено, что в представленных учредительных документах иностранной некоммерческой неправительственной организации содержится *недостоверная информация*».

«О государственной регистрации юридических лиц» // Хозяйство и право. 2002. № 1(300). С. 24, 29; Он же: Направления совершенствования законодательства о регистрации юридических лиц // Гражданское право. 2006. № 1. Том 6. С. 27–30; *Чуряев А.В.* Государственная регистрация юридических лиц в России: отдельные аспекты… С. 95, 97; Он же: Документы, необходимые для регистрации юридического лица. Анализ законодательства // Право и экономика. 2006. № 11. С. 10.

В 2008 г. тенденция изменения подхода к системе регистрации коснулась и Закона о государственной регистрации юридических лиц. В его ст. 9 появился новый п. 4.1, которым было определено, что регистрирующий орган не проверяет на предмет соответствия федеральным законам или иным нормативным правовым актам Российской Федерации форму представленных документов (за исключением заявления о государственной регистрации) *и содержащиеся в представленных документах сведения*, за исключением случаев, предусмотренных указанным законом. Формулировка нормы была довольно странной: получалось, что по общему правилу представленные сведения не проверялись, а иное могло быть установлено нормами самого этого закона. Кроме того, следует отметить, что *в новой норме ничего не говорилось именно о проверке достоверности*. Причина появления этого правила, тем более в такой редакции, не вполне ясна, к тому же в пояснительной записке к проекту Федерального закона № 213410-4 «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части изменения правового положения общества с ограниченной ответственностью)»[553] (который впоследствии стал Федеральным законом № 312-ФЗ) никаких пояснений по поводу этого правила не содержалось (соответствующая норма появилась в редакции ко второму чтению).

С 2008 г. началась активная работа по подготовке предложений по совершенствованию гражданского законодательства. Для целей настоящего исследования интересны два документа: Концепция развития законодательства о юридических лицах (проект, рекомендованный Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (протокол № 68 от 16 марта 2009 г.)) и Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренная решением Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.

[553] URL: http://sozd.duma.gov.ru/bill/213410-4

В Концепции развития законодательства о юридических лицах были констатированы существенные недостатки системы государственной регистрации[554]. Концепция исходила из того факта, что *достоверность данных, представляемых заявителями при регистрации юридического лица, имеет существенное значение* для защиты прав как самого юридического лица и его участников, так и его контрагентов, а также для контрольно-надзорных органов, реализующих возложенные на них функции; при этом принцип достоверности данных ЕГРЮЛ может считаться реализованным только при своевременной актуализации юридиче-

[554] В частности:
- отсутствие принципа достоверности данных ЕГРЮЛ, что влечет невозможность для контрагентов юридического лица, государственных и муниципальных органов получить необходимые объективные сведения о нем; следствием этого, по мнению авторов Концепции, являлась неопределенность в гражданских отношениях, увеличение рисков вступления в гражданско-правовые отношения с юридическими лицами;
- отсутствие каких-либо иных гарантий достоверности представляемых данных, кроме добросовестности заявителей;
- правовая невозможность проверки достоверности данных, вносимых в ЕГРЮЛ; этим Концепция объясняла значительное число случаев регистрации юридических лиц по потерянным и украденным паспортам, с нарушением требований законодательства о создании юридических лиц, «фирм-однодневок» и прочих злоупотреблений, при отсутствии какой-либо значимой ответственности за такого рода деяния и при невозможности отыскать лиц, реально инициировавших регистрацию организации;
- наличие проблемы, связанной с несоответствием адреса (места нахождения) юридического лица, указанного в ЕГРЮЛ, действительности, при отсутствии каких-либо негативных последствий для самого юридического лица;
- несоблюдение положений законодательства, обязывающих юридические лица в установленные сроки вносить обновленные данные в ЕГРЮЛ при отсутствии в законодательстве каких-либо негативных последствий непредставления или несвоевременного представления данных; неэффективность административно-правового регулирования в этой области в части ответственности;
- отсутствие функции оперативного информирования заинтересованных лиц об изменении данных в ЕГРЮЛ;
- отсутствие возможности регистрационного органа приостановить регистрационные действия и предпринять меры по установлению достоверности вносимых изменений, причем даже в тех случаях, когда имеются доказательства неправомерности вносимых изменений.

скими лицами указанных данных. С учетом этого в Концепции были сформулированы следующие предложения по совершенствованию законодательства:

— *установить в ГК принцип публичной достоверности сведений ЕГРЮЛ*, который предполагает, что любое добросовестное лицо, полагавшееся на данные ЕГРЮЛ, не затрагивается несоответствием данных ЕГРЮЛ фактическим обстоятельствам;
— *обеспечить достоверность* данных, представляемых для государственной регистрации юридического лица; установить правила проверки достоверности данных, которые требуются для регистрации юридического лица (одновременно констатировалась нецелесообразность проверки достоверности данных адреса (места нахождения) соответствующего органа юридического лица, поскольку такая проверка не дает никаких гарантий заинтересованным лицам в силу того, что место нахождения органов юридического лица может изменяться);
— *недостоверность данных должна стать безусловным основанием отказа в государственной регистрации* юридического лица;
— установить *обязательную проверку* законности и *достоверности* вносимых изменений в учредительные документы;
— внести в ГК РФ положение, согласно которому риск появления неблагоприятных последствий, возникших в связи с недостоверностью данных о месте нахождения органов юридического лица, указанных в ЕГРЮЛ, ложится на само юридическое лицо, а все отправления, доставленные по адресу, указанному в ЕГРЮЛ, считаются полученными юридическим лицом;
— предусмотреть в ГК РФ возможность взыскания с юридического лица убытков, если они возникли вследствие непредставления, несвоевременного представления или представления недостоверных сведений в ЕГРЮЛ;
— установить правило, в соответствии с которым юридическое лицо не вправе ссылаться на данные, не внесенные в ЕГРЮЛ, равно как и на недостоверные данные, содержа-

щиеся в ЕГРЮЛ, в отношении лиц, добросовестно полагавшихся на данные ЕГРЮЛ;

— установить в законодательстве о регистрации юридических лиц обязанность своевременного информирования заинтересованных лиц о предполагаемых изменениях учредительных документов или данных, содержащихся в ЕГРЮЛ, на основе рыночных механизмов и на базе современных информационных технологий.

С отдельными изменениями эти положения составили окончательные положения Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации 2009 г.

Отметим: комплекс указанных положений в части значения сведений, составляющих государственный реестр юридических лиц, определения требований их достоверности — в отечественном праве был сформулирован впервые[555].

Реализация положений Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации 2009 г. началась с законодательства о некоммерческих организациях. Федеральным законом от 17 июля 2009 г. № 170-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "О некоммерческих организациях"» в указанный закон были внесения изменения, в соответствии с которыми одним из оснований для отказа в государственной регистрации некоммерческой организации было признано выявление в документах, представленных для государственной регистрации, *недостоверных сведений*. Этим же законом у регистрирующего органа появилось право приостанавливать государственную регистрацию (в случае представления документов для государственной регистрации, оформленных «в ненадлежащем порядке»).

[555] В истории российского права ранее положения о «публично-достоверных сведениях» встречаем в документах середины 20-х гг. (см.: Положение о торговой регистрации, утвержденное постановлением СНК СССР от 20.10.1925 (Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР, издаваемое Управлением Делами СНК СССР. 14.12.1925. № 82. Отдел первый. Ст. 623); Положение о торговой регистрации, утвержденное постановлением СНК СССР от 31.08.1927 (Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР, издаваемое Управлением Делами СНК СССР и Совета Труда и Обороны. 14.10.1927 г. № 57. отдел первый. Ст. 579).

Для коммерческих организаций процесс реализации предложений, определенных Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации 2009 г., значительно растянулся во времени, усугубляя ситуацию[556].

Говоря о реализации положений предложений, определенных Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации 2009 г., нельзя не обратить внимание на явные противоречия политико-правовых импульсов. Положения указанной концепции были логическим следствием некоторых исследований (иногда просто из таких исследований переносились целые части), в которых обосновывалась необходимость возврата к системе жесткого предварительного контроля за созданием организаций и внесением изменений сведений (данных) о них в ЕГРЮЛ; соответственно, *проверка достоверности сведений (данных), вносимых в ЕГРЮЛ выступала элементом такого контроля*. По существу, речь шла об усложнении процедуры регистрации. Между тем на уровне других документов государство указывало на необходимость дальнейшего упрощения такой процедуры, хотя и с определенными комментариями[557].

---

[556] Еще в 2010 г. ФНС России (см.: письмо ФНС РФ от 11.02.2010 № 3-7-07/84 «О рассмотрении обращения») в рамках кампании по борьбе с т.н. «фирмами-однодневками» констатировала, что «действующее в настоящее время законодательство не препятствует появлению “фирм-однодневок”». *Регистрирующий (налоговый) орган до сих пор не наделен ни полномочиями, ни обязанностями по проверке достоверности представляемых на регистрацию юридического лица документов.* Это означает, что ни один налогоплательщик не застрахован от того, что при проведении проверки налоговые органы не найдут в числе его контрагентов такие «однодневки».

[557] Так, почти одновременно с началом работы над совершенствованием ГК РФ была принята Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года (утв. распоряжением Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р), в которой отмечалось, что «важными факторами стимулирования конкуренции является снятие барьеров для выхода на рынок — упрощение системы регистрации новых предприятий, включая возможность регистрации предприятия через сеть Интернет, при исключении возможности создания фирм-однодневок…». Каким образом можно было совместить указанные цели, ни в одном документе не пояснялось, между тем именно упрощением процедуры регистрации, в том числе и сокращением сроков, объяснялась фактическая невозможность проверки вносимых сведений.

Тем не менее в 2013 г. был принят Федеральный закон от 28 июня 2013 г. № 134-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части противодействия незаконным финансовым операциям» (далее — Федеральный закон № 134-ФЗ), которым была полностью переработана ст. 51 ГК РФ, в частности:

- введено правило о публичной достоверности данных ЕГРЮЛ (без использования самого этого словосочетания): *«лицо, добросовестно полагающееся на данные единого государственного реестра юридических лиц, вправе исходить из того, что они соответствуют действительным обстоятельствам»*;
- в развитие этого правила было установлено положение, в соответствии с которым «юридическое лицо не вправе в отношениях с лицом, полагавшимся на данные единого государственного реестра юридических лиц, ссылаться на данные, не включенные в указанный реестр, а также на *недостоверные данные*, содержащиеся в нем, за исключением случаев, если соответствующие данные включены в указанный реестр в результате неправомерных действий третьих лиц или иным путем помимо воли юридического лица». Правило это призвано перераспределить определенным образом риски, возникшие вследствие информационной асимметрии (так его далее и будем называть — правило преодоления информационной асимметрии);
- установлено требование о возмещении убытков, причиненных юридическим лицом другим участникам гражданского оборота вследствие непредставления, несвоевременного представления или представления *недостоверных данных* о нем в ЕГРЮЛ. При этом установлено специальное правило о возмещении за счет казны Российской Федерации тех убытков, которые причинены действиями уполномоченного государственного органа «включением в единый государственный реестр юридических лиц *недостоверных данных* о юридическом лице»;
- для соблюдения правила о публичной достоверности закреплено требование о том, что до государственной реги-

страции юридического лица, изменений его устава или до включения иных данных, не связанных с изменениями устава, в ЕГРЮЛ, уполномоченный государственный орган *обязан* провести *проверку достоверности данных*, включаемых в ЕГРЮЛ, в порядке и в срок, которые предусмотрены законом;

— установлено правило о том, что включение в ЕГРЮЛ данных о юридическом лице может быть оспорено в суде, если такие данные *недостоверны* или включены в указанный реестр с нарушением закона;

— установлены правила об информировании регистрирующим органом заинтересованных лиц о внесении сведений в ЕГРЮЛ и праве таких лиц направить соответствующие возражения.

Комментируя эти положения, отметим следующие важные моменты.

Во-первых, ГК РФ *не ввел принцип абсолютной достоверности данных — т. е. по факту нахождения их в ЕГРЮЛ до их оспаривания*, обусловив достоверность добросовестностью.

В части добросовестности формулировка принципа публичной достоверности, данная в ст. 51 ГК РФ, несколько отличается от формулировки, которая была использована в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации 2009 г. В Концепции о добросовестности говорилось так: «любое *добросовестное лицо*, полагавшееся на данные реестра, не затрагивается несоответствием данных реестра фактическим обстоятельствам». Таким образом, вместо «*добросовестного лица*, полагавшегося...» получилось «*лицо, добросовестно полагающееся...*». В целом, конечно, понятно, какая идея была заложена, поэтому такое изменение не является критичным, тем не менее некоторая двусмысленность присутствует: *что значит добросовестно полагаться*? Означает ли это, к примеру, что лицо — контрагент юридического лица не должно «слепо» доверять данным ЕГРЮЛ, а еще дополнительно проверить соответствующие данные, сделать запросы в другие информационные ресурсы и проч.? Здесь элементы частноправового регулирования тесно переплетаются

с целями регулирования публичного. И как показывает анализ некоторых разъяснений, имеющих нормативный характер, *получение только данных ЕГРЮЛ для таких целей может быть недостаточно*[558].

Во-вторых, в части правила преодоления информационной асимметрии. В целом его значение положительно. Тем самым установлено значение данных ЕГРЮЛ как основного (хотя и не единственного) источника, которыми следует руководствоваться как самому юридическому лицу, так и его контрагентам. Хотя определенные комментарии в части содержания правила нельзя не высказать. Так, слова «*не вправе... ссылаться на данные, не включенные в указанный реестр*» явно предполагают, что речь идет только о таких данных, которые должны быть там, но их по каким-то причинам нет (иное — если речь идет о других данных, обязательность наличия которых законом не предусмотрена — выглядит, по меньшей мере, странно). Однако *за скобками остается возможность получения таких данных из других реестров*, в которых эти данные могут быть, между тем конфликт данных между такими реестрами здесь не решается. Слова «не вправе... ссылаться... на *недостоверные данные*, содержащиеся в нем» (речь о реестре), видимо, направлены на исключение ситуаций, когда юридическое лицо знает, что данные в реестре недостоверны, в том числе в силу того факта, что это установлено в ходе проверочных мероприятий (в 2014 г. вместо слов «на недостоверные данные, содержащиеся в нем» включили слова «на недостоверность данных, содержащихся в нем», что, видимо, означает в большей мере то, что речь идет только об определенных в установленном порядке (подтвержденных) случаях недостоверности). При этом правило содержит исключение: юридическое лицо может ссы-

[558] К примеру, в письме ФНС России от 16.03.2015 № ЕД-4-2/4124 «О рассмотрении обращения по вопросу разъяснения принятия мер должной осмотрительности при выборе контрагента» вполне определенно указано, что «наличие выписки из ЕГРЮЛ в отношении какого-либо контрагента подтверждает только факт его государственной регистрации в установленном порядке *и не может автоматически являться достаточным или единственным подтверждением должной осмотрительности и осторожности налогоплательщика при выборе контрагента*».

латься на недостоверность данных, «если соответствующие данные включены в указанный реестр в результате неправомерных действий третьих лиц или иным путем помимо воли юридического лица». Это исключение порождает два вопроса: почему индульгенция здесь не двусторонняя (и для контрагентов тоже), и как подтверждать факт неправомерных действий третьих лиц или внесения данных «иным путем помимо воли юридического лица»[559]? В-третьих, в ГК РФ впервые появилось указание на *недостоверные данные* (используется в статье четыре раза). Таким образом, была создана прочная основа для развития этого института в специальном законодательстве[560].

В-четвертых, правило о проверке достоверности данных, включаемых в ЕГРЮЛ, непрямого действия: оно «работает» только в случае наличия соответствующих положений в специальном законе.

В-пятых, ГК РФ предполагал сложную схему взаимодействия с заинтересованными лицами в процессе внесения данных в ЕГРЮЛ: с обязательной инициативой уполномоченного регистрирующего органа.

Указанные положения создали фундамент для перехода существующей регистрационной системы, особенно в части тако-

---

[559] Отметим, что в проекте изменений в ГК РФ, которые были первоначально подготовлены Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (Проект изменений в раздел I Гражданского кодекса Российской Федерации. URL: http://privlaw.ru/sovet-po-kodifikacii/conceptions/) концовка правила была иная: «Юридическое лицо не вправе в отношениях с лицами, полагавшимися на данные единого государственного реестра, ссылаться на данные, не внесенные в указанный реестр, а также на недостоверность данных, содержащихся в нем, *за исключением случаев возбуждения и расследования уголовных дел*».

[560] При этом отметим, что в проекте изменений в ГК РФ, которые были первоначально подготовлены Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (Проект изменений в раздел I Гражданского кодекса Российской Федерации (URL: http://privlaw.ru/sovet-po-kodifikacii/conceptions/)) предполагалось указать основания для отказа в государственной регистрации юридического лица, среди которых в том числе «предоставления не соответствующих закону *или недостоверных данных о юридическом лице*». Однако в окончательную редакцию обновленной ст. 51 ГК РФ соответствующие положения не вошли.

го элемента, как достоверность сведений (данных), в новое состояние. В помощь регистрирующим органам были и ряд других положений Федерального закона № 134-ФЗ. Им, в частности, был внесен ряд изменений в Закон о государственной регистрации юридических лиц.

Во-первых, в части оснований для отказа в государственной регистрации юридических лиц (ст. 23), которые были дополнены положениями о возможности отказа в случаях:

- выявления несоответствия сведений о документе, удостоверяющем личность гражданина РФ, указанных в заявлении о государственной регистрации, сведениям, полученным регистрирующим органом от органов, осуществляющих выдачу или замену таких документов;
- получения регистрирующим органом возражения физического лица относительно предстоящего внесения данных о нем в ЕГРЮЛ;
- наличия у регистрирующего органа подтвержденной информации *о недостоверности* содержащихся в представленных в регистрирующий орган документах сведений *об адресе (месте нахождения)* постоянно действующего исполнительного органа юридического лица (в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа юридического лица — иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности), по которому осуществляется связь с юридическим лицом. Отметим, что данная новелла была усилена разъяснениями, данными в постановлении Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 61 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица». Данным документом впервые (и, заметим, без каких-либо оснований, установленных законом) были даны *критерии недостоверности адреса юридического лица*, хотя и небезусловного характера (указывалось, что заявитель имел возможность представить в регистрирующий орган иные сведения (документы), подтверждающие, что связь с юридическим лицом по этому адресу будет осуществляться). В

документе отмечалось, что при наличии хотя бы одного из перечисленных в нем критериев *сведения об адресе юридического лица считаются недостоверными*. Отметим, что указанный документ до настоящего времени не отменен, при этом перечень критериев недостоверности адреса из него перекочевал в подзаконные акты, хотя и с некоторыми изменениями (см. ниже).

Во-вторых, в ст. 9 Закона о государственной регистрации юридических лиц были внесены изменения в части возможности физического лица направить в регистрирующий орган письменные возражения относительно предстоящего внесения данных о нем в ЕГРЮЛ, а также об обязательности размещения на официальном сайте регистрирующего органа в сети «Интернет» информации о факте представления документов в регистрирующий орган не позднее рабочего дня, следующего за днем их получения регистрирующим органом. Отметим, что хотя изменения и в ст. 51 ГК РФ и в Закон о государственной регистрации юридических лиц принимались одним законом, содержание положений было разным: если ГК РФ, как мы уже отметили, предполагал сначала активную роль регистрирующего органа по уведомлению заинтересованных лиц и только затем уже реакцию таких лиц на обращение регистрирующего органа, то норма Закона о государственной регистрации юридических лиц предполагала ровно обратное: инициативу самого заинтересованного лица, основанием для которой должна была стать размещенная на сайте регистрирующего органа информация. Видимо, законодатель, исходя из затратности и практической нереализуемости индивидуального уведомления каждого заинтересованного лица о факте внесения сведений о нем в ЕГРЮЛ, особенно с учетом нормативных сроков государственной регистрации, посчитал, что «сообщение» заинтересованным лицам делается как раз в форме размещения информации на сайте. Строго говоря, здесь *перед нами явный пример фиктивных правовых норм*, поскольку сложно себе представить обычного гражданина РФ, который бы начинал каждый свой день с просмотра сайта ФНС России на предмет того, а не размещена ли на сайте информация

о том, что сведения о нем собираются вносить в ЕГРЮЛ. К сожалению, пока эта норма остается действующей и планов по ее изменению, насколько известно, нет.

Существенное развитие регулирования в интересующей нас сфере произошло в 2015 г. после принятия Федерального закона от 30 марта 2015 г. № 67-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части обеспечения достоверности сведений, представляемых при государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» (далее — Федеральный закон № 67-ФЗ)[561].

В Закон о государственной регистрации юридических лиц были внесены положения о проверке достоверности сведений, ***включаемых*** в ЕГРЮЛ, и о проверке достоверности сведений, ***включенных*** в ЕГРЮЛ.

Впервые были системно урегулированы как случаи обнаружения недостоверных сведений при их внесении в ЕГРЮЛ, так и правила «очистки» ЕГРЮЛ от недостоверных сведений, которые были выявлены в процессе существования юридического лица (причем отметим, что соответствующие правила «очистки» ЕГРЮЛ обновленной редакцией ст. 51 ГК РФ предусмотрены в 2013 г. не были).

Согласно ст. 9 Закона о государственной регистрации юридических лиц основания для проведения проверки *едины* для обоих видов проверки: *возникновение обоснованных сомнений* у регистрирующего органа в достоверности сведений, *в том числе* в случае поступления возражений заинтересованных лиц от-

[561] В пояснительной записке к проекту Федерального закона № 613254-6 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части обеспечения достоверности сведений, представляемых при государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» (URL: http://sozd.duma.gov.ru/bill/613254-6), который впоследствии стал Федеральным законом № 67-ФЗ, прямо указывалось, что законопроект «*направлен на обеспечение достоверности единого государственного реестра юридических лиц*, в том числе, предотвращение создания и деятельности юридических лиц, созданных для недобросовестной деятельности, путем использования подставных физических лиц и представления иной недостоверной информации в регистрирующий орган».

носительно предстоящей государственной регистрации изменений устава юридического лица или предстоящего включения сведений в ЕГРЮЛ. Формулировка, как видно, в большей части рассчитана на случаи внесения данных в ЕГРЮЛ, но не последующего обнаружения недостоверных сведений, уже находящихся в нем. В будущем, как думается, основания для проверки сведений, включаемых в ЕГРЮЛ, и сведений, включенных в ЕГРЮЛ, должны быть «разнесены» по отдельным пунктам, поскольку процедура обнаружения таких сведений и в том, и в другом случае, порядок принятия решений о проверке, последствия имеют свою специфику, которая подлежит учету.

Обратим внимание, что действующее положение Закона о государственной регистрации юридических лиц в части оснований проверки (п. 4.2) не вполне ясно изложено, поскольку п. 4.3 этой же ст. 9 предусматривает, что *основания проведения* указанных в п. 4.2 мероприятий по проверке достоверности устанавливаются уполномоченным правительством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти. Видимо, здесь речь идет о не очень удачной формулировке, поскольку «основания», о которых должна идти речь в подзаконном акте, — это перечень тех обстоятельств, которые могут вызвать обоснованные сомнения (т. е., собственно, создать основание для проверки).

Указанные основания (обстоятельства) утверждены приказом ФНС России от 11 февраля 2016 г. № ММВ-7-14/72@. Интересно, что названный подзаконный акт (далее — Основания, условия и способы проведения проверки) разделяет основания (обстоятельства), которые могут вызывать проведение каждой из названных проверок.

В частности, в качестве оснований (обстоятельств) для проведения мероприятий по проверке достоверности сведений, ***включаемых в ЕГРЮЛ***, Основания, условия и способы проведения проверки называют:

1) наличие у регистрирующего органа письменного возражения заинтересованного лица относительно предстоящей государственной регистрации изменений устава юридического лица или предстоящего внесения сведений в ЕГРЮЛ, содержащего

указание на обстоятельства, на которых основано такое возражение, с приложением к указанному возражению подтверждающих эти обстоятельства документов;

2) несоответствие сведений, содержащихся в документах, представленных в регистрирующий орган, сведениям, содержащимся в документах, имеющихся у регистрирующего органа;

3) представление в регистрирующий орган документов для включения в ЕГРЮЛ сведений об адресе юридического лица в случае, если:

— указанный адрес в соответствии с содержащимися в ЕГРЮЛ сведениями является адресом пяти и более юридических лиц;
— находившийся (находящийся) по такому адресу объект недвижимости разрушен;
— указанный адрес заведомо не может свободно использоваться для связи с таким юридическим лицом (адрес, по которому размещены органы государственной власти, воинские части и так далее);
— указанный адрес является адресом, в отношении которого у регистрирующего органа имеется возражение относительно предстоящего внесения сведений в ЕГРЮЛ, представленное собственником соответствующего объекта недвижимости (иного управомоченного лица) относительно внесения в ЕГРЮЛ сведений об адресе такого объекта недвижимости в качестве адреса юридического лица (юридических лиц);
— включение в ЕГРЮЛ сведений об указанном адресе юридического лица влечет изменение места нахождения юридического лица, в отношении которого не окончена выездная налоговая проверка, не оформлены ее результаты и не вступил в силу итоговый документ по результатам этой проверки в соответствии с законодательством о налогах и сборах либо у такого юридического лица имеется недоимка и/или задолженность по пеням и штрафам;

4) представление в регистрирующий орган документов для включения в ЕГРЮЛ сведений о лице, имеющем право без доверенности действовать от имени юридического лица, либо об

участнике общества с ограниченной ответственностью в отношении лица, о котором в ЕГРЮЛ ранее вносилась запись о недостоверности сведений, либо такое лицо на основании вступившего в законную силу постановления о назначении административного наказания привлечено к ответственности за совершение административного правонарушения в виде непредставления или представления недостоверных либо заведомо ложных сведений о юридическом лице в регистрирующий орган, и срок, в течение которого лицо считается подвергнутым административному наказанию, не истек;

5) представление в регистрирующий орган в качестве документа, подтверждающего основание перехода доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью к обществу, заявления участника общества о выходе из общества, оформленного до 1 января 2016 г. (за исключением случаев, когда такое заявление участника общества нотариально удостоверено);

6) представление документов при государственной регистрации в связи с реорганизацией юридического лица (юридических лиц) в случаях, если:

— в реорганизации участвуют два и более юридических лица;
— в отношении юридического лица, которое в результате реорганизации прекратит свою деятельность, не окончена выездная налоговая проверка, не оформлены ее результаты и не вступил в силу итоговый документ по результатам такой проверки в соответствии с законодательством о налогах и сборах, либо у указанного юридического лица имеется недоимка и/или задолженность по пеням и штрафам.

Именно эти обстоятельства (с учетом определенных ограничений, указанных в этом документе) могут послужить основанием для проведения проверки.

В части применения этих правил можно указать на проблемы при их использовании в случае создания юридического лица путем его учреждения. Они заключаются в сроках государственной регистрации. В настоящее время срок государственной регистрации юридического лица при создании путем

учреждения — три рабочих дня после поступления документов. Провести за этот срок полную проверку достоверности поступивших сведений в реальности вряд ли возможно, даже (или тем более?) используя весь тот арсенал средств, который упоминается в Основаниях, условиях и способах проведения проверки. А «арсенал» этот весьма большой: п. 4.2 ст. 9 Закона о государственной регистрации юридических лиц указывает, что проверка может проводиться посредством: а) изучения документов и сведений, имеющихся у регистрирующего органа, в том числе возражений заинтересованных лиц, а также документов и пояснений, представленных заявителем; б) получения необходимых объяснений от лиц, которым могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для проведения проверки; в) получения справок и сведений по вопросам, возникающим при проведении проверки; г) проведения осмотра объектов недвижимости; д) привлечения специалиста или эксперта для участия в проведении проверки.

Нельзя не сказать о проблеме, которая сопровождает процедуру государственной регистрации все последние годы: закон запрещает требовать предоставления каких-либо дополнительных документов для государственной регистрации, в частности, документов, подтверждающих законность указания адреса юридического лица, однако на практике такое происходит. Здесь, очевидно, требуется либо более определенно сформулировать запрет, либо иначе сформулировать требования к адресу юридического лица, либо, напротив, легализовать соответствующую практику, если государство полагает, что действующие нормы не учитывают рисков, которые могут возникнуть при действующем порядке указания адреса.

Отметим, что указанный документ — Основания, условия и способы проведения проверки — по существу устанавливает критерии недостоверности адреса. «По существу» — потому что формально, в отличие от постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 61 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица» не указано, что предоставление сведений определенно-

го содержания свидетельствует об их недостоверности. Однако то, что речь идет именно об этом, свидетельствует техника документа: представление сведений определенного содержания является основанием для проведения мероприятий по проверке их достоверности. В иных актах ФНС России критерий «адрес юридического лица, указанный в ЕГРЮЛ, является адресом значительного количества иных юридических лиц» прямо признается свидетельством недостоверности сведений[562].

Много вопросов вызывает и содержание соответствующих правил. Так, если указание несуществующего адреса (объект недвижимости разрушен) не вызывает сомнений, то почему считается недостоверным тот адрес, который является адресом пяти и более юридических лиц, — понять невозможно. Вызывает сомнение и сама цифра «пять» (чем вызвано ее появление — объяснить вообще никак нельзя, никакими рациональными аргументами), да и сам подход: адрес массовой регистрации может существовать, но это еще не означает, что через него невозможно связаться с юридическим лицом. В целом следует указать здесь на явную неконституционность указанного положения.

Удручают и другие юридико-технические проблемы Оснований, условий и способов проведения проверки, особенно учитывая, что документ не является техническим, его положения прямо приводят к ограничению прав. В соответствии с п. 2 этого документа «основанием *для проведения мероприятий по проверке достоверности сведений*, включаемых в ЕГРЮЛ» является представление в регистрирующий орган документов для включения в ЕГРЮЛ сведений об адресе юридического лица, если он подпадает под критерии, указанные в документе.

Между тем пп. «р» п. 1 ст. 23 Закона о государственной регистрации юридических лиц в качестве безусловных оснований для отказа в государственной регистрации прямо называет наличие у регистрирующего органа подтвержденной информации о недостоверности содержащихся в представленных в регистри-

[562] К примеру, см.: письмо ФНС России от 03.08.2016 г. № ГД-4-14/14127@ «О проведении работы в отношении юридических лиц, зарегистрированных до 1 августа 2016 года и имеющих признаки недостоверности».

рующий орган документах сведений об адресе. При этом п. 5 Оснований, условий и способов проведения проверки определяет, что указанные в п. 2 Оснований, условий и способов проведения проверки обстоятельства *не являются основанием для проведения мероприятий по проверке достоверности сведений, включаемых в ЕГРЮЛ*, в случаях если при выявлении оснований для проведения мероприятий по проверке достоверности сведений, включаемых в ЕГРЮЛ, установлены основания для отказа в государственной регистрации юридического лица Законом о государственной регистрации юридических лиц. Отсюда вопрос: *что все-таки должен делать регистрирующий орган — проводить проверку или сразу отказывать*? Такая неопределенность в положениях подзаконных актов в части полномочий административных органов по большому счету также делает положения таких актов неконституционными.

Иное положение сложилось для случаев государственной регистрации при реорганизации и ликвидации, а также в случаях внесения изменений в учредительные документы юридического лица и в сведения о юридическом лице, содержащиеся в ЕГРЮЛ. Федеральный закон № 67-ФЗ впервые за долгое время наделил регистрирующий орган (ст. 9 Закона о государственной регистрации юридических лиц) правом *приостановления государственной регистрации*. Ранее регистрирующий орган для случая общего порядка государственной регистрации предусматривал только два вида решений: о государственной регистрации и об отказе в государственной регистрации. Иное было предусмотрено только для случаев регистрации некоммерческих организаций. Такое законодательное решение следует считать оптимальным для целей выявления недостоверных данных, вносимых в ЕГРЮЛ.

Перечень оснований для проведения мероприятий по проверке достоверности сведений, ***включенных в ЕГРЮЛ***, много короче (п. 4 Оснований, условий и способов проведения проверки): таким основанием признается получение регистрирующим органом заявления заинтересованного лица о недостоверности сведений, включенных в ЕГРЮЛ, а также иной информации о

несоответствии сведений, содержащихся в ЕГРЮЛ, сведениям, полученным регистрирующим органом после включения в ЕГРЮЛ таких сведений. Таким образом, регистрирующий орган может самостоятельно выявить факт недостоверности сведений и провести проверку, а может получить, как указано, заявление заинтересованного лица о недостоверности сведений и на этом основании провести проверку. Интересно, что в п. 5 Оснований, условий и способов проведения проверки определяется, что указанные в п. 4 этого документа обстоятельства *не являются основанием для проведения мероприятий по проверке достоверности сведений, включаемых в ЕГРЮЛ*, и среди этих случаев указывает такой: «регистрирующим органом получено *заявление физического лица о недостоверности сведений о нем в ЕГРЮЛ*».

По факту, если анализировать текст документа вместе с приложениями – *перед нами два разных документа*; заявление заинтересованного лица о недостоверности сведений, включенных в ЕГРЮЛ — это форма № Р34002 (Законом о государственной регистрации юридических она как отдельная не предусмотрена, поэтому, вероятно, она является приложением к Основаниям, условиям и способам проведения проверки, а не утверждена непосредственно приказом от 11 февраля 2016 г. № ММВ-7-14/72@); заявление физического лица о недостоверности сведений о нем в ЕГРЮЛ — это форма № Р34001, ссылка на такое заявление непосредственно указана в п. 5 ст. 11 Закона о государственной регистрации юридических лиц. Однако, несмотря на то, что формально документы разные, тем не менее остается устойчивое ощущение: то, что в одном пункте названо основанием для проверки, в другом — исключает ее проведение. Причина сложившейся ситуации — несовершенство техники изложения закона: ст. 9 Закона о государственной регистрации юридических лиц не предусматривает никакого заявления заинтересованного лица (или заявления физического лица) о недостоверности сведений, включенных в ЕГРЮЛ («проверка достоверности сведений, ***включаемых или включенных в единый государственный реестр юридических лиц***, проводится регистрирующим органом в случае возникновения обоснованных сомнений в их достовер-

ности, ***в том числе в случае поступления возражений заинтересованных лиц относительно предстоящей государственной регистрации изменений устава юридического лица или предстоящего включения сведений в единый государственный реестр юридических лиц***...»).

С нашей точки зрения, нормативные акты в части оснований для проведения проверочных мероприятий изложены крайне небрежно, что настораживает, поскольку речь идет о правах как физических лиц, так и лиц юридических. Особенно учитывая последствия включения и нахождения записи в ЕГРЮЛ о недостоверности сведений в течение определенного срока: ст. 21^1 Закона о государственной регистрации юридических лиц после изменений, внесенных в нее Федеральным законом от 28 декабря 2016 г. № 488-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» на случай, когда в отношении юридического лица внесена в ЕГРЮЛ запись о недостоверности сведений и такая запись существует в нем в течение более чем шести месяцев с момента внесения, *распространила возможность применения предусмотренного указанной статьей порядка исключения юридического лица из ЕГРЮЛ*.

Надо здесь отметить и нормы пп. «ф» п. 1 ст. 23 Закона о государственной регистрации юридических лиц, который указывает, что регистрирующий орган отказывает в регистрации юридического лица, если для регистрации представлены документы для включения сведений об учредителе (участнике) юридического лица либо о лице, имеющем право без доверенности действовать от имени юридического лица, в отношении лиц, являющихся участниками общества с ограниченной ответственностью, владеющими не менее чем 50 % голосов от общего количества голосов участников данного общества с ограниченной ответственностью, в отношении которого в ЕГРЮЛ содержится запись о недостоверности сведений о юридическом лице, предусмотренных пп. «л» п. 1 ст. 5 Закона о государственной регистрации юридических лиц, за исключением случая, когда на момент представления документов в регистрирующий орган ис-

текли три года с момента внесения соответствующей записи в ЕГРЮЛ[563].

Последствия проведения проверки достоверности сведений, включенных в ЕГРЮЛ, установлены п. 6 ст. 11 Закона о государственной регистрации юридических лиц. Согласно этим положениям, в случае, если по результатам проверки будет установлена недостоверность отдельных содержащихся в нем сведений о юридическом лице, регистрирующий орган направляет юридическому лицу, а также его учредителям (участникам) и лицу, имеющему право действовать без доверенности от его имени, уведомление о необходимости представления в регистрирующий орган достоверных сведений.

Юридическое лицо в течение тридцати дней с момента направления уведомления о недостоверности (обратим внимание — не получения, а именно направления, т. е. в реальности в меньшие сроки) обязано сообщить в регистрирующий орган соответствующие сведения или представить документы, свидетельствующие о достоверности сведений, в отношении которых регистрирующим органом направлено уведомление о недостоверности.

Если такая обязанность юридическим лицом не исполнена или представленные юридическим лицом документы не свидетельствуют о достоверности сведений, в отношении которых регистрирующим органом направлено уведомление о недостоверности, регистрирующий орган вносит в ЕГРЮЛ запись о недостоверности содержащихся в таком реестре сведений о юридическом лице, соответственно, со всеми указанными негативными последствиями, указанными выше и предусмотренными ст. 21^1 и 23 Закона о государственной регистрации юридических лиц.

[563] Заявление, подаваемое по п. 5 ст. 11 Закона о государственной регистрации юридических лиц («Заявление физического лица о недостоверности сведений о нем в Едином государственном реестре юридических лиц» (форма № Р34001)) как раз предполагает указание на недостоверные сведения о «лице, имеющем право без доверенности действовать от имени юридического лица».

Если юридическое лицо не согласно с указанным решением и внесением соответствующей записи, оно вправе оспорить его, исходя из требований ст. 51 ГК РФ в судебном порядке.

Появление процедуры проверки достоверности сведений, включенных в ЕГРЮЛ, позитивно, однако есть несколько серьезных вопросов.

Во-первых, обратим внимание, что процедура проверки достоверности сведений, включенных в ЕГРЮЛ, критична только если будет обнаружена недостоверность трех указанных в п. 5 ст. 11 Закона о государственной регистрации юридических лиц видов сведений. Подход законодателя понятен: для фискальных, прежде всего, целей он хочет понимать, где находится юридическое лицо, кто им управляет и кто владеет. Однако Закон о государственной регистрации юридических лиц и ЕГРЮЛ существуют для реализации не только целей фискальных, и в этом смысле понятно, что соответствующая проверка должна охватывать недостоверность всех сведений, другое дело — последствия выявления их недостоверности и установление ответственности.

Во-вторых, наличие такой процедуры можно было бы всячески приветствовать, если бы отношения юридических лиц и государства оставались в строгих рамках положений закона. Однако государственные органы, движимые понятными мотивами «очистки» ЕГРЮЛ, принимают акты, которые существенно расширяют пределы их полномочий, вторгаясь в экономические отношения. В 2016 г. приняты два совместных письма Министерства финансов РФ и ФНС России: от 3 августа 2016 г. № ГД-4-14/14127@ «О проведении работы в отношении юридических лиц, зарегистрированных до 1 августа 2016 г. и имеющих признаки недостоверности» и от 3 августа 2016 г. № ГД-4-14/14126@ «О проведении работы в отношении юридических лиц, зарегистрированных после 1 августа 2016 г. и имеющих признаки недостоверности». Содержание этих писем вызывает множество вопросов.

Так, в первом из них основаниями для того, чтобы считать сведения, включенные в ЕГРЮЛ, недостоверными названы (причем список не исчерпывающий):

— лицо, имеющее право без доверенности действовать от имени юридического лица, в том числе управляющая орга-

низация, выступает в качестве таковых в значительном количестве иных юридических лиц. Причем критерий значительности тут же указан через поручение провести проверку на предмет выявления «признаков», среди которых такой — «лицо, имеющее право без доверенности действовать от имени юридического лица, в том числе управляющая организация, ***выступает в качестве таковых более чем в пятидесяти юридических лицах***»;

— участники юридического лица являются таковыми в значительном количестве иных юридических лиц. Здесь указан такой признак — «участники юридического лица являются таковыми ***более чем в пятидесяти юридических лицах***»;

— адрес юридического лица, указанный в ЕГРЮЛ, является адресом значительного количества иных юридических лиц. Здесь указан такой признак — «адрес юридического лица, указанный в ЕГРЮЛ, ***является адресом более чем пятидесяти юридических лиц***»;

— лицом, имеющим право без доверенности действовать от имени юридического лица (в том числе от имени управляющей организации), является физическое лицо, в отношении которого имеется вступившее в силу постановление по делу об административном правонарушении, в соответствии с которым указанному лицу назначено административное наказание в виде дисквалификации, и срок, на который она установлена, не истек;

— в отношении лица, имеющего право без доверенности действовать от имени юридического лица, имеется информация о его смерти.

Выявление таких критериев было названо документом *основанием для проведения проверки достоверности сведений, включенных в ЕГРЮЛ*.

Второе из указанных писем с похожим содержанием предписывает ежемесячно проводить работу по выявлению юридических лиц, зарегистрированных после 1 августа 2016 г. и обладающих одним из следующих признаков:

— лицо, имеющее право без доверенности действовать от име-

ни юридического лица, выступает в качестве таковых ***более чем в пяти юридических лицах***;

- участники юридического лица являются таковыми ***более чем в десяти юридических лицах***;
- адрес юридического лица, указанный в ЕГРЮЛ, ***является адресом более чем десяти юридических лиц***;
- наличие информации о вступлении в силу постановления по делу об административном правонарушении, в соответствии с которым лицу, имеющему право без доверенности действовать от имени юридического лица (в том числе от имени управляющей организации), назначено административное наказание в виде дисквалификации, и срок, на который она установлена, не истек;
- наличие информации о смерти лица, имеющего право без доверенности действовать от имени юридического лица;
- управляющая организация является таковой ***более чем в двадцати юридических лицах***.

Подчеркнем: никаких оснований, установленных законом для введения соответствующих ограничений прав (а это именно ограничение) не существует. Ни один закон (если возьмем критерий участия) не запрещает гражданину участвовать более чем в десяти, пятидесяти, ста и более юридических лицах. Конституционный Суд РФ[564] признает участие в создании юридического лица (равно как и участие в ранее созданном юридическом лице, приобретенное по различным правовым основаниям) формой реализации права на свободное использование способ-

[564] См.: постановления Конституционного Суда РФ: от 24.02.2004 № 3-П, от 15.03.2005 № 3-П, от 25.05.2010 № 11-П. В первом из указанных актов вполне ясно указывается: «граждане вправе определять сферу этой (имеется в виду — предпринимательской и иной экономической. — Прим. авт.) деятельности и осуществлять соответствующую деятельность в индивидуальном порядке либо совместно с другими лицами путем участия в хозяйственном обществе, товариществе или производственном кооперативе... самостоятельно выбирать экономическую стратегию развития бизнеса, использовать свое имущество с учетом установленных Конституцией Российской Федерации гарантий права собственности... и поддержки государством добросовестной конкуренции».

ностей и имущества для ведения предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Ни о каких количественных ограничениях в части реализации этого права законы не упоминают даже косвенным образом. Сам факт такого участия не может служить основанием для проведения каких-либо проверочных мероприятий, контроля, поскольку никакой закон не нарушает.

Настораживает то, что указанными письмами указывается именно на «недостоверность» сведений, хотя оснований у регистрирующего органа для такого нормотворчества нет, и абсолютное большинство положений указанных писем прямо нарушают конституционные права. Конституционный Суд РФ, на основании ст. 55 ч. 3 Конституции РФ многократно формулировал правовую позицию о том, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены *только федеральным законом* и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (к примеру, см.: постановление Конституционного Суда РФ от 31 января 2011 г. № 1-П).

Но еще более настораживает практика регистрирующих органов, которая в настоящее время доступна, поскольку Министерство финансов РФ и ФНС России формируют и публикуют несколько раз в год обзоры судебной практики по спорам с участием регистрирующих органов. Анализ таких обзоров за период 2016–2018 гг. выявил интересный тренд: резкое нарастание административного превентивного воздействия на лиц, осуществляющих взаимодействие с регистрирующим органом в процессе государственной регистрации, с мотивацией на противодействие внесения в ЕГРЮЛ недостоверных сведений. Причем есть случаи и вовсе выходящие за обычные рамки. Один из них описан в п. 1.2 Обзора № 4 за 2018 г. (письмо Минфина РФ, ФНС России от 28 декабря 2018 г. № ГД-4-14/25946): лицу было отказано в государственной регистрации создания организации, основанием послужило то, что обратившееся лицо уже являлось руководителем и единственным участником двух

ранее созданных юридических лиц, а заявитель, как указано в Обзоре «надлежащих объяснений о целесообразности создания нового юридического лица при наличии двух существующих организаций не представил» (!); одним из оснований для отрицательного решения регистрирующего органа явился вывод о том, что «физическое лицо, которое является единоличным участником и руководителем нескольких юридических лиц, не может осуществлять надлежащим образом и в должном объеме организационно-хозяйственные функции единоличного исполнительного органа организации» (!).

Как видно из описания этого случая в Обзоре, суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводам «*об отсутствии обоснования целесообразности создания юридического лица при наличии двух существующих организаций*» (!). И только кассационный суд напомнил регистрирующему органу и нижестоящим судам о том, что государственная регистрация юридического лица не носит разрешительный характер, заявитель не обязан доказывать целесообразность создания юридического лица, а положения действующего законодательства не содержат запрета на учреждение одним физическим лицом нескольких юридических лиц, либо ограничений их управлением, осуществление любых видов деятельности, не запрещенных законодательством.

Казалось бы, законность восторжествовала, однако удивляет сам факт возникновения желания регистрирующих органов порассуждать *о целесообразности создания* обычной коммерческой организации. Вдвойне удивляет позиция судов нижестоящих инстанций, которые согласились с такой практикой регистрирующего органа. Исключение одних оснований не означает искоренения незаконной практики в целом. Так, в том же документе читаем: «доказательства того, что Я.А.Ю. отвечает *признакам массового учредителя*, в обжалуемых решениях Инспекции и Управления не установлены». Получается, что если бы лицо было признано массовым учредителем, ему бы отказали в государственной регистрации? Однако сегодня это понятие не предусматривает ни один закон, а массовость учредительства не является основанием для отказа в государственной регистра-

ции. Важно отметить, что с 1 октября 2018 г. у регистрирующего органа появилось новое основание для отказа в государственной регистрации — «представление документов, *содержащих недостоверные сведения*» (пп. «ч» п. 1 ст. 23 Закона о государственной регистрации юридических лиц). Новое основание введено без изменения иных оснований, которые появились на фоне борьбы с внесением в ЕГРЮЛ недостоверных сведений (в частности пп. «р»), а также в ситуации очень вольного толкования регистрирующими органами понятий «достоверность» и «недостоверность» применительно к сведениям, вносимым в ЕГРЮЛ.

Подведем некоторые итоги исследования. Современные экономические отношения немыслимы без возможности быстрого поиска и получения их участниками *актуальной и соответствующей фактическим (действительным) обстоятельствам информации о других участниках — юридических лицах*; не менее важна эта информация и для различных государственных органов.

Использование регистрационной системы создания юридических лиц в Российской Федерации предполагает, что должен существовать информационный ресурс (или несколько ресурсов), в котором такая информация аккумулируется и периодически, после наступления в деятельности экономических агентов фактов, влекущих изменение ранее внесенной информации, обновляется; причем информации из этого ресурса должно быть придано такое свойство, которое освобождает обращающегося к ней субъекта от дальнейшей проверки (верификации) полученных сведений (данных).

Таким ресурсом в Российской Федерации формально является ЕГРЮЛ. Именно ЕГРЮЛ должен содержать сведения (данные) и документы о юридическом лице, во-первых, внесенные в него в результате завершения процедуры государственной регистрации юридического лица, а во-вторых, внесенные в него в результате действий как самих экономических агентов, так и в установленных случаях уполномоченных государственных органов в связи с изменениями юридической личности (изменение места нахождения, адреса, учредительных документов, органов управления и т. д.), а также прекращением юридического лица.

При этом закон наделяет соответствующие сведения (данные) свойством публичной достоверности, т. е., лицо, добросовестно полагающееся на такие сведения (данные), вправе исходить из того, что они соответствуют действительным обстоятельствам.

Учитывая указанное значение сведений (данных), содержащихся в ЕГРЮЛ, важно реальное обеспечение их соответствия фактическим (действительным) обстоятельствам. В российской доктрине и нормативных актах для квалификации информации, содержащейся в ЕГРЮЛ, как соответствующей фактическим (действительным) обстоятельствам, используется слово «*достоверная*» (т. е. верная, не вызывающая сомнений). Если информация, в свою очередь, не отвечает на момент внесения в ЕГРЮЛ (или в период существования субъекта права) такой квалификации (не соответствует фактическим (действительным) обстоятельствам), то она признается «*недостоверной*».

С точки зрения интересов правопорядка важно, таким образом, сформировать в праве такие правовые средства, которые:

— препятствуют внесению в ЕГРЮЛ недостоверной информации,
— стимулируют к выполнению требований по внесению актуализированной информации,
— облегчают выявление фактов внесения (наличия) недостоверной информации,
— позволяют исключить такую информацию из ЕГРЮЛ и привлечь виновных в ее появлении лиц к ответственности.

Описанный подход вполне ясен, однако проведенное исследование порождает множество вопросов.

Во-первых, *давно назрела реформа законодательства о государственной регистрации юридических лиц*. Действующее регулирование в этой области на сегодняшний день представлено множеством актов, принятых в разные годы. Причем эти акты подвергались неоднократному изменению, в результате чего они утратили простоту и ясность изложения, содержат противоречия, изложены крайне путанным, канцелярским языком; они сложны и в понимании, и в использовании, и в применении.

Серьезные вопросы вызывает и система таких актов, сложившаяся на настоящий момент. Размыты границы между законом и подзаконным регулированием, причем последнее чаще всего представлено различного рода письмами государственных органов, содержание которых в явной форме выходит за пределы полномочий таких органов и в целом не основывается на каком-либо федеральном законе. Для страны совершенно необходим единый закон о государственной регистрации, который бы консолидировал обновленные правила, регулирующие процедуры регистрации. Вопрос этот (о едином законе) поднимается очень давно[565], но, к сожалению, законодатель идет по традиционному и ущербному пути существования нескольких законов, в которых регулируются вопросы государственной регистрации, а так же постоянных изменений в эти законы.

Во-вторых, как видно из исторического анализа, только с 2013 г. в нашем праве сформировался системный подход к вопросам достоверности/недостоверности сведений ЕГРЮЛ. Следует признать позитивным появление и развитие институтов проверки достоверности сведений, *включаемых* в ЕГРЮЛ и проверки достоверности сведений, *включенных* в ЕГРЮЛ. В особенности, как нам представляется, важен второй институт.

Государство стремится к тому, чтобы всячески ускорить процесс создания коммерческих юридических лиц, устранить различные процедуры, мешающие завершению процедуры, снизить указанные сроки[566]. В целом понятно, что сроки регистрации коммерческих организаций и дальше будут уменьшаться (с какой скоростью и по каким причинам — отдельный во-

---

565 А.С. Лазариди в 2004 г. справедливо писал о необходимости принятия федерального закона о государственной регистрации «общего значения, который позволил бы упорядочить и систематизировать законодательство во всех областях государственной регистрации с созданием единообразной схемы государственной регистрации независимо от конкретных ее видов» (см.: *Лазариди А.С.* Указ. соч. С. 7).

566 К примеру, см.: План мероприятий («дорожная карты») «Оптимизация процедур регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», утвержденная распоряжением Правительства РФ от 07.03.2013 № 317-р.

прос[567]). Поэтому очевидно, что значение института проверки достоверности сведений, включенных в ЕГРЮЛ, будет возрастать: *проверять достоверность данных будут уже после государственной регистрации юридического лица*. Между тем состояние этого института вызывает наибольшие нарекания; по существу, сегодня этот институт представлен письмами государственных органов, которые более чем вольно толкуют как свои полномочия, так и цели законодательного регулирования.

В-третьих, одним из предметов дискуссии должно стать будущее ЕГРЮЛ. Дело в том, что этот реестр сегодня уже не является единственным информационным ресурсом, из которого черпаются актуальные сведения о юридическом лице. Законодательство указывает и на другие такие ресурсы. К примеру, на Единый федеральный реестр сведений о фактах деятельности юридических лиц (или ЕФРСоДЮЛ) — федеральный информационный ресурс, появившийся в 2001 г., в который вносятся сведения, *подлежащие опубликованию в соответствии с законодательством о государственной регистрации юридических лиц*, формируемый посредством внесения в него сведений различными субъектами, в том числе уполномоченными государственными органами. ЕГРЮЛ и ЕФРСоДЮЛ — это государственные ресурсы[568], но на практике появляется множество иных ресурсов, в том числе негосударственных, аккумулирующих информацию в том числе для целей проверки контрагента. Поиск та-

---

567 К примеру, Е.А. Зорина полагает, что если деятельность планируется осуществлять на основании типового устава — можно сократить срок регистрации при создании до двух рабочих дней (см.: *Зорина Е.А.* Государственная регистрация юридических лиц в Российской Федерации: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2015. С. 20).

568 В отличие от ЕГРЮЛ, ведение которого осуществляется уполномоченным государственным органом, ведение ЕФРСоДЮЛ осуществляются оператором, под которым Закон о государственной регистрации юридических лиц понимает юридическое лицо — резидента РФ, владеющее техническими средствами, позволяющими обеспечивать формирование и ведение ЕФРСоДЮЛ в электронной форме, определенное по результатам конкурса для осуществления данных функций в порядке и в соответствии с критериями, которые установлены уполномоченным правительством РФ федеральным органом исполнительной власти.

ких, весьма кстати, информативных ресурсов не займет много времени: «Портал ЗАЧЕСТНЫЙБИЗНЕС»[569], который указывает, что с его помощью «можно легко проверить контрагента по ИНН, ОГРН, ФИО физического лица или адресу на предмет достоверности информации» или СПАРК[570], на стартовой странице которого встречаем такую запись: «Знай своего контрагента, прояви должную осмотрительность, оцени риски, проверь аффилированность, проведи конкурентную разведку». И это только два примера, но ведь таких общих ресурсов, равно как и ресурсов специализированных, явно больше. Возникает вопрос: какова реальная ценность сведений ЕГРЮЛ, какова реально публичная достоверность сведений в нем? Как быть, если в этих ресурсах актуальная информация, а в ЕГРЮЛ нет? Эти вопросы явно требуют своего обсуждения, тем более в связи с обсуждением вопросов развития реестров вообще, в том числе в связи с экспериментами по использованию т. н. блокчейна.

В-четвертых, положения законодательства о т. н. «недостоверности сведений», содержащихся в ЕГРЮЛ, требуют существенных изменений. К сожалению, понятие «недостоверность сведений в ЕГРЮЛ», институт проверки достоверности сведений, включаемых/включенных в ЕГРЮЛ, по существу, стали использоваться для ничем не обоснованного контроля за экономическими агентами, принятия, в том числе, законодательных решений, в реальности не связанных с сущностью понятия «недостоверность».

Как можно увидеть из некоторых актов Конституционного Суда РФ, целями обеспечения достоверности данных ЕГРЮЛ *обосновывается существование институтов, в реальности к проблемам достоверности/недостоверности данных вообще никакого отношения не имеющих*. В качестве примера следует указать на два определения Конституционного Суда РФ от 13 марта 2018 г.: № 581-О и № 582-О, в которых в числе *«механизмов обеспечения достоверности сведений»*, содержащихся в ЕГРЮЛ, назван установленный пп. «ф» п. 1 ст. 23 Закона о государственной регистра-

[569] URL: https://zachestnyibiznes.ru/about
[570] URL: http://www.spark-interfax.ru/#_top

ции юридических лиц «временный запрет на создание новых юридических лиц и на участие в управлении существующими юридическими лицами для тех граждан, которые ранее проявили недобросовестность, уклонившись от совершения необходимых действий по прекращению юридического лица в предусмотренных законом процедурах ликвидации или банкротства». Между тем указанная норма *к вопросам достоверности никакого отношения не имеет*.

Следует здесь указать и на институт исключения юридического лица, прекратившего свою деятельность, из ЕГРЮЛ, который к целям обеспечения достоверности сведений ЕГРЮЛ никакого отношения, судя по пояснительной записке к соответствующему законопроекту[571], не имел. Однако в актах Конституционного Суда РФ его стали связывать именно с достижением такой цели, хотя «документы отчетности, предусмотренные законодательством Российской Федерации о налогах и сборах», непредставление которых является одним из оснований для признания лица фактически прекратившим свою деятельность, *не являются составной частью ЕГРЮЛ*, равно как и не являются его частью информация о банковских счетах и операциях по ним. Конституционный Суд РФ между тем из года в год в своих правовых позициях указывает, что соответствующее регулирование «*направлено на обеспечение достоверности сведений, содержащихся в Едином государственном реестре юридических лиц* (в том числе о прекращении деятельности юридического лица), поддержание доверия к этим сведениям со стороны третьих лиц, предотвращение недобросовестного использования фактически недействующих юридических лиц и тем самым — на обеспечение стабильности гражданского оборота» (см.: постановления Конституционного Суда РФ: от 6 декабря 2011 г. № 26-П, от 18 мая 2015 г. № 10-П и проч.).

[571] Проект Федерального закона № 147600-4 «О внесении изменений в Федеральный закон “О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей” и в статью 49 Гражданского кодекса Российской Федерации» (по вопросу исключения недействующего юридического лица из единого государственного реестра юридических лиц)».

Все эти вопросы в будущем требуют самого серьезного внимания, поскольку таким подходом мы можем существенно изменить среду для осуществления предпринимательской деятельности и явно не в сторону улучшения, хотя и преследуя вполне себе благие цели.

Библиография:

1. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы: монография. Репр. изд. М., Норма: ИНФРА-М, 2017.
2. *Залесский В.В.* Комментарий к Закону о государственной регистрации юридических лиц // Право и экономика. 2002. № 2.
3. *Зорина Е.А.* Государственная регистрация юридических лиц в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015.
4. *Козлова Н.* Создание юридических лиц: взгляд в будущее // Хозяйство и право. 2002. № 1(300).
5. *Лазариди А.С.* Государственная регистрация юридических лиц: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004.
6. *Ломакин Д.В.* О проекте Федерального закона «О государственной регистрации юридически лиц» // Законодательство. 2001. № 6.
7. *Сарбаш С.В.* Комментарий основных положений Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц» // Хозяйство и право. 2002. № 1(300).
8. *Сарбаш С.В.* Направления совершенствования законодательства о регистрации юридических лиц // Гражданское право. 2006. № 1. Том 6.
9. *Тихомиров Ю.А.* Государственная регистрация статусов юридических и физических лиц, их юридических действий и актов // Право и экономика. 2000. № 1.
10. *Чуряев А.В.* Государственная регистрация юридических лиц в России: отдельные аспекты // Адвокат. 2006. № 4.

3.7. Правовое регулирование потребительского банкротства

Аннотация. Современное правовое регулирование несостоятельности (банкротства) гражданина связано с введением в действие ст. 25 ГК РФ с 1 октября 2015 г. в новой редакции, а также новой редакции главы X «Банкротство гражданина» Закона о банкротстве. В настоящее время данная процедура применяется ко всем гражданам, а не только к индивидуальным предпринимателям, как это было ранее. Процедура потребительского банкротства осуществляется по решению арбитражного суда при неспособности гражданина удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и/или исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, то есть при неплатежеспособности. В статье на основе анализа имеющейся судебной практики исследуются понятие и признаки потребительского банкротства, основания, порядок и последствия признания арбитражным судом гражданина несостоятельным (банкротом), а также определение очередности удовлетворения требований кредиторов и порядка применения соответствующих процедур в деле о несостоятельности (банкротстве) гражданина.
Ключевые слова: несостоятельность (банкротство) гражданина, потребительское банкротство, решение арбитражного суда, неплатежеспособность, финансовый управляющий, требования кредиторов по денежным обязательствам, обязанность по уплате обязательных платежей, реструктуризация долгов гражданина, реализация имущества гражданина, конкурсная масса, очередность удовлетворения требований кредиторов, дела о банкротстве гражданина в случае его смерти.

Annotation. Modern legal regulation of insolvency (bankruptcy) of a citizen is associated with the introduction of Art. 25 of the Civil Code of the Russian Federation from October 1, 2015 in a new edition, as well as a new edition of Chapter X «Citizen's Bankruptcy» of the Insolvency (Bankruptcy) Law. Currently, this procedure applies to all citizens, and not just to individual entrepreneurs, as it was before. The consumer

bankruptcy procedure is carried out by the decision of the arbitration court in the event of the citizen's inability to satisfy the creditors' claims for monetary obligations and (or) to fulfill the obligation to make mandatory payments, that is, in case of insolvency. The article based on the analysis of existing judicial practice examines the concept and signs of consumer bankruptcy, the grounds, procedure and consequences of declaring a citizen insolvent (bankrupt) by an arbitration court, and determines the priority for satisfying creditors' claims and the procedure for applying the relevant procedures in a citizen's insolvency (bankruptcy).
Keywords: insolvency (bankruptcy) of a citizen, consumer bankruptcy, decision of the arbitral tribunal, insolvency, financial manager, creditors' claims for monetary obligations, obligation to pay mandatory payments, restructuring of citizen's debts, sale of citizen's property, priority of satisfaction of creditors' claims, cases on the bankruptcy of a citizen in the event of his death.

1. Понятие банкротства гражданина. Статья 25 Закона о банкротстве в ее нынешнем виде вступила в силу с 1 октября 2015 г. и действует в редакции Федерального закона от 29 июня 2015 г. № 154-ФЗ «Об урегулировании особенностей несостоятельности (банкротства) на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»[572]. Учитывая это, прежде всего, значительно расширился круг лиц, на которых распространяются правила о несостоятельности (банкротстве). Как видно из ее нового названия, теперь данная процедура применяется ко всем гражданам[573], а не только к индивидуальным предпринимателям, как это было ранее.

Согласно п. 1 ст. 25 ГК РФ процедура признания гражданина несостоятельным (банкротом) осуществляется по решению арбитражного суда при наличии его неспособности удовлетворить

[572] СЗ РФ. 2015. № 27. Ст. 3945.

[573] Подробнее о статусе гражданина как должника в делах о банкротстве см.: *Шишмарева Т.П.* Институт несостоятельности в России и Германии. М.: Статут, 2015. § 1 главы 2 // цит. по СПС «КонсультантПлюс»; Несостоятельность (банкротство): Учебный курс. В 2 т. / под ред. д. ю. н., проф. Карелиной С.А. Т. 1. М.: Статут. 2019. С. 291–296.

требования кредиторов по денежным обязательствам и/или исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, то есть при неплатежеспособности.

Что же касается оснований, порядка и последствий признания арбитражным судом гражданина несостоятельным (банкротом), а также определения очередности удовлетворения требований кредиторов и порядка применения процедур в деле о несостоятельности (банкротстве) гражданина, то они устанавливаются законом, регулирующим вопросы несостоятельности (банкротства)[574].

Первоначально несостоятельность (банкротство) гражданина, не являвшегося индивидуальным предпринимателем, была урегулирована § 1 гл. X Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)». При этом к отношениям, связанным с банкротством гражданина, предполагалось применение правовых норм, содержащихся в главах с I по VIII Закона о банкротстве. Однако в соответствии с п. 2 ст. 231 данного Закона предусмотренные в нем положения о банкротстве граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями, должны были начать действовать со дня вступления в силу федерального закона о внесении соответствующих изменений и дополнений в федеральные законы[575]. Федеральным законом от 29 декабря 2014 г. № 476-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О несостоятельности (банкротстве)” и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования реабилитационных процедур, применяемых в отношении

574 См.: Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190 (с посл. изм. и доп.), далее — Закон о банкротстве.

575 Согласно п. 59 постановления Пленума ВАС РФ от 15.12.2004 № 29 «О некоторых вопросах практики применения Федерального закона “О несостоятельности (банкротстве)” арбитражные суды были не вправе возбуждать дела о банкротстве граждан, не являвшихся индивидуальными предпринимателями, поскольку согласно п. 2 ст. 231 Закона о банкротстве предусмотренные им положения о банкротстве таких граждан вступают в силу со дня вступления в силу федерального закона о внесении соответствующих изменений и дополнений в федеральные законы // Специальное приложение к Вестнику ВАС РФ. 2005. № 12.

гражданина-должника»[576] такие изменения и дополнения как раз и были внесены. Данные новеллы должны были вступить в силу с 1 июля 2015 г., однако Федеральным законом от 29 июня 2015 г. № 154-ФЗ значительное количество сосредоточенных в нем правил было отменено и изменено, а срок введения в действие процедур несостоятельности (банкротства) граждан был перенесен на 1 октября 2015 г. Таким образом, Федеральным законом от 29 июня 2015 г. № 154-ФЗ было синхронизировано введение в действие новой редакции ст. 25 ГК и новой редакции главы X «Банкротство гражданина» Закона о банкротстве, включающей в настоящее время: § 1.1 «Реструктуризация долгов гражданина и реализация имущества гражданина» (§ 1 «Общие положения», включавший ст. 202–213, утратил силу); § 2 «Особенности банкротства индивидуальных предпринимателей»; § 3 «Особенности банкротства крестьянского (фермерского) хозяйства», а также § 4 «Особенности рассмотрения дела о банкротстве гражданина в случае его смерти», введенный Федеральным законом от 29 июня 2015 г. № 154-ФЗ[577].

Закон о банкротстве предусматривает три случая банкротства применительно к гражданам (физическим лицам): банкротство гражданина, не являющегося индивидуальным предпринимателем, банкротство индивидуального предпринимателя и банкротство крестьянского (фермерского) хозяйства. Однако в данной статье речь будет идти только о первом случае.

2. Признаки банкротства гражданина. В пункте 2 ст. 6 Закона о банкротстве устанавливается, что производство по делу о банкротстве по общему правилу может быть возбуждено арбитражным судом при условии, что требования к должнику — фи-

[576] СЗ РФ. 2015. № 1 (часть I). Ст. 29.

[577] В соответствии с п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2015 № 45 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие процедур, применяемых в делах о несостоятельности (банкротстве) граждан» (далее — Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2015 № 45) положения Закона о банкротстве, регулирующие процедуры, применяемые в делах о несостоятельности (банкротстве) граждан, вступили в силу с 1 октября 2015 г. Однако для целей возбуждения дел о банкротстве граждан должны учитываться, в том числе требования кредиторов и уполномоченного органа, возникшие до 1 октября 2015 г. // БВС. 2015. № 12.

зическому лицу составляют сумму в размере, не менее установленного п. 2 ст. 213.3 данного закона. В связи с этим заявление о признании гражданина банкротом принимается арбитражным судом при условии, что требования к нему составляют не менее чем пятьсот тысяч рублей[578].

Кроме того, еще одним признаком, необходимым для признания гражданина банкротом, является его неспособность исполнить указанные требования в течение трех месяцев с даты, когда они должны быть исполнены, если иное не предусмотрено данным законом (п. 2 ст. 213.3 Закона о банкротстве)[579].

Учитывая, что для признания гражданина несостоятельным (банкротом) применяется критерий неплатежеспособности (п. 1 ст. 25 ГК), в ст. 213.6 Закона о банкротстве под неплатежеспособностью гражданина понимается его неспособность удовлетворить в полном объеме требования кредиторов по денежным обязательствам и/или исполнить обязанность по уплате обязательных платежей[580]. При этом Закон о банкротстве устанавливает опровержимую презумпцию его неплатежеспособности при наличии хотя бы одного из следующих обстоятельств: во-первых, прекращение гражданином расчетов с кредиторами (неисполнение денежных обязательств и/или обязанности по уплате обязательных платежей, срок исполнения которых наступил); во-вторых, неисполнение более чем десяти процентов совокупного размера денежных обязательств и/или обязанности по уплате обязательных плате-

578 См.: п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2015. № 45.

579 Так, в Постановлении Первого арбитражного апелляционного суда от 10.07.2018 № 01АП-6848/2017 по делу № А79-11052/2016 (цит. по СПС «КонсультантПлюс». Судебная практика) отмечалось, что применение той или иной процедуры (реструктуризация долгов или реализация имущества) возможно только при условии установления признаков банкротства, то есть признанной арбитражным судом неспособности должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам.

580 В связи с этим в одном из дел арбитражный суд сделал обоснованный вывод о том, что довод должника о превышении стоимости принадлежащего ему имущества над суммой задолженности перед кредитором не может служить основанием для отказа в удовлетворении заявления кредитора, поскольку наличие имущества само по себе не свидетельствует о платежеспособности должника (Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 19.05.2017 № 02АП-2035/2017 по делу № А28-6222/2016 // СПС «КонсультантПлюс»).

жей, которые имеются у гражданина и срок исполнения которых наступил, в течение более чем одного месяца со дня, когда они должны быть исполнены; в-третьих, превышение размера задолженности гражданина стоимости его имущества, в том числе прав требования; в-четвертых, наличие постановления об окончании исполнительного производства в связи с тем, что у гражданина отсутствует имущество, на которое может быть обращено взыскание.

Однако, если имеются достаточные основания полагать, что с учетом планируемых поступлений денежных средств, в том числе доходов от деятельности гражданина и погашения задолженности перед ним, он в течение непродолжительного времени сможет исполнить в полном объеме денежные обязательства и/или обязанность по уплате обязательных платежей, срок исполнения которых наступил, гражданин не может быть признан неплатежеспособным[581].

Согласно п. 1 ст. 213.3 Закона о банкротстве правом на обращение в арбитражный суд с заявлением о признании гражданина банкротом обладают сам гражданин-должник, конкурсный кредитор и уполномоченный орган.

Если с заявлением о признании гражданина банкротом обращается сам гражданин-должник, Закон о банкротстве предусматривает как случаи, когда он обязан это сделать, так и случаи, когда ему предоставляется такое право[582]. Обязанность

[581] В Постановлении Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 06.09.2018 № Ф02-3510/2018 по делу № А74-16934/2017 подчеркивается, что с учетом положений п. 3 ст. 213.6 Закона о банкротстве бремя доказывания совокупности условий, составляющих одну из презумпций, лежит на лице, обратившемся с заявлением о признании гражданина банкротом. Бремя опровержения данных презумпций и доказывания того, что должник является платежеспособным и неоплата указанной заявителем задолженности вызвана кратковременными финансовыми трудностями, лежит на гражданине-должнике // СПС «КонсультантПлюс».

[582] Однако в любом случае наличие у того или иного должника солидарного обязательства с другим должником, в том числе общих обязательств супругов, включая солидарные, не может быть основанием для подачи общего заявления о признании должников банкротами, поскольку действующим законодательством не предусмотрена возможность множественности лиц на стороне должника, в том числе супругов (Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.03.2018 № 20АП-1528/2018 по делу № А23-403/2018 // СПС «КонсультантПлюс»).

обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании банкротом возникает у гражданина, если удовлетворение требований одного или нескольких кредиторов влечет невозможность исполнения им денежных обязательств и/или обязанности по уплате обязательных платежей в полном объеме перед другими кредиторами, а их размер в совокупности составляет не менее чем пятьсот тысяч рублей[583]. Данная обязанность должна быть выполнена гражданином не позднее тридцати рабочих дней со дня, когда он узнал или должен был узнать об этом[584].

Вместе с тем гражданин имеет право подать в арбитражный суд заявление о признании его банкротом в случае предвидения банкротства при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что он не в состоянии исполнить денежные обязательства и/или обязанность по уплате обязательных платежей в установленный срок. При этом гражданин должен подпадать под признаки неплатежеспособности и/или признаки недостаточности имущества (неоплатности)[585].

В тех случаях, когда с заявлением о признании гражданина банкротом в арбитражный суд обращается конкурсный кредитор или уполномоченный орган, необходимо вступившее в законную силу решение суда, подтверждающее требования кре-

[583] См.: п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2015 № 45.

[584] Вместе с тем Закон о банкротстве не связывает пропуск гражданином тридцатидневного срока исполнения своей обязанности по обращению в арбитражный суд с заявлением о признании его банкротом с основаниями для признания такого обращения необоснованным и прекращения производства по делу о банкротстве гражданина (Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.10.2017 № 20АП-6116/2017 по делу № А09-5073/2017 // СПС «КонсультантПлюс»).

[585] Исходя из смысла п. 2 ст. 213.4 Закона о банкротстве, при реализации должником права на обращение в арбитражный суд с заявлением о банкротстве должно учитывается только наличие обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что должник не в состоянии исполнить денежные обязательства и/или обязанность по уплате обязательных платежей в установленный срок, и признаков неплатежеспособности и/или недостаточности имущества у должника. При этом размер неисполненных обязательств в этом случае значения не имеет (п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2015 № 45).

диторов по денежным обязательствам, за исключением случаев, прямо указанных в п. 2 ст. 213.5 Закона о банкротстве[586].

Гражданин направляет в арбитражный суд отзыв на заявление о признании его банкротом в порядке, предусмотренном ст. 47 Закона о банкротстве.

В случае принятия арбитражным судом определения о признании обоснованным заявления и введении реструктуризации долгов гражданина в нем устанавливаются дата судебного заседания по рассмотрению дела о его банкротстве и утверждается финансовый управляющий, участие которого в деле о банкротстве гражданина является обязательным[587]. Вопрос о признании обоснованным заявления о признании гражданина банкротом и введении реструктуризации его долгов должен быть рассмотрен на заседании арбитражного суда не ранее чем по истечении пятнадцати дней и не позднее чем в течение трех месяцев с даты принятия арбитражным судом заявления о признании гражданина банкротом. По результатам рассмотрения обоснованности заявления о признании гражданина банкротом, если гражданин не соответствует требованиям для утверждения плана реструктуризации долгов, установленным п. 1 ст. 213.13 Закона о банкротстве, арбитражный суд вправе на основании его ходатайства вынести решение о признании его банкротом и введении процедуры реализации его имущества.

[586] В Постановлении Седьмого арбитражного апелляционного суда от 22.05.2017 № 07АП-3197/2017 по делу № А27-18399/2016 прямо указывается, что для возбуждения производства по делу о банкротстве по заявлению конкурсного кредитора по денежным обязательствам принимаются во внимание требования, подтвержденные вступившим в законную силу решением суда, арбитражного суда, третейского суда. Что же касается исключений из этого правила, предусмотренных п. 2 ст. 213.5 Закона о банкротстве, то перечень соответствующих требований является исчерпывающим (п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2015 № 45) // СПС «КонсультантПлюс».

[587] В ст. 213.9 Закона о банкротстве содержатся подробные правила о требованиях, предъявляемых к финансовому управляющему, его правах и обязанностях, вознаграждении за выполнение соответствующих функций и его размере, освобождении или отстранении арбитражным судом от исполнения возложенных на него обязанностей в деле о банкротстве гражданина и др.

3. Процедуры банкротства гражданина. При рассмотрении дела о банкротстве гражданина применяются следующие процедуры (п. 2 ст. 27 Закона о банкротстве): реструктуризация долгов гражданина, реализация его имущества и мировое соглашение[588].

Реструктуризация долгов гражданина. Данная процедура относится к категории реабилитационных, направленных на восстановление платежеспособности гражданина. Согласно п. 1 ст. 213.11 Закона о банкротстве с даты вынесения арбитражным судом определения о признании обоснованным заявления о признании гражданина банкротом и реструктуризации его долгов вводится мораторий на удовлетворение требований кредиторов по денежным обязательствам и об уплате обязательных платежей, за исключением специально предусмотренных случаев.

В связи с этим, прежде всего, срок исполнения возникших до принятия арбитражным судом заявления о признании гражданина банкротом денежных обязательств и обязанности по уплате обязательных платежей для целей участия в деле о банкротстве гражданина считается наступившим[589]. Требо-

---

[588] Следует иметь в виду, что согласно ст. 213.31 Закона о банкротстве заключение мирового соглашения является основанием для прекращения производства по делу о банкротстве гражданина. Мировое соглашение утверждается арбитражным судом. В случае заключения мирового соглашения прекращается исполнение плана реструктуризации долгов гражданина, а также действие моратория на удовлетворение требований кредиторов, прекращаются полномочия финансового управляющего, а гражданин или участвующее в мировом соглашении третье лицо приступает к погашению задолженности перед кредиторами. Если производство по делу о банкротстве гражданина возобновляется в связи с нарушением условий мирового соглашения, он признается банкротом с введением процедуры реализации имущества.

[589] В Постановлении Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.04.2018 № 11АП-2963/2018 по делу № А55-3907/2017 справедливо подчеркивается, что срок исполнения ранее возникшего обязательства по возврату кредита с учетом факта возбуждения дела о банкротстве в отношении одного из заемщиков считается наступившим, поэтому банк имел право предъявить к такому заемщику требование вне зависимости от исполнения иным созаемщиком принятых на себя обязательств по кредитному договору (цит. по СПС «КонсультантПлюс». Судебная практика).

вания кредиторов по денежным обязательствам и об уплате обязательных платежей, за исключением текущих платежей, требования о признании права собственности, об истребовании имущества из чужого незаконного владения, о признании недействительными сделок и о применении последствий недействительности ничтожных сделок могут быть предъявлены только в рамках дела о банкротстве[590]. Исковые заявления, которые были предъявлены не в рамках дела о банкротстве гражданина и не рассмотрены судом до даты введения реструктуризации долгов гражданина, подлежат после этой даты оставлению судом без рассмотрения. Начисление неустоек (штрафов, пеней) и иных финансовых санкций, а также процентов по всем обязательствам гражданина, за исключением текущих платежей, прекращается. Ранее наложенные аресты на имущество гражданина и иные ограничения распоряжения его имуществом снимаются. В дальнейшем аресты на имущество гражданина и иные ограничения распоряжения его имуществом могут быть наложены только в процессе по делу о банкротстве.

Кроме того, приостанавливается исполнение исполнительных документов по имущественным взысканиям с гражданина, за исключением исполнительных документов по требованиям о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, по делам об истребовании имущества из чужого незаконного владения, об устранении препятствий к владению указанным имуществом, о признании права собственности на указанное имущество, о взыскании алиментов, а также по требованиям об обращении взыскания на заложенное жилое помещение, если на дату введения этой процедуры кредитор, являющийся залогодержателем, выразил согласие на оставление заложенного

[590] Введение реструктуризации долгов гражданина является основанием для одностороннего отказа кредитора от исполнения договора, предусматривающего исполнение гражданином требования указанного кредитора в неденежной форме. Об одностороннем отказе может быть заявлено в процессе установления требований кредитора к гражданину в деле о его банкротстве (п. 4 ст. 213.11 Закона о банкротстве).

жилого помещения за собой в рамках исполнительного производства в соответствии с п. 5 ст. 61 Федерального закона от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»[591]. Основанием для приостановления исполнения исполнительных документов является определение арбитражного суда, рассматривающего дело о банкротстве гражданина, о признании обоснованным заявления о признании гражданина банкротом и введении процедуры реструктуризации его долгов.

Наконец, по ходатайству кредитора или финансового управляющего арбитражный суд вправе принять меры по обеспечению требований кредиторов и интересов гражданина в соответствии с арбитражным процессуальным законодательством, в том числе наложить запрет на распоряжение частью имущества, включая запрет на проведение торгов по продаже такого имущества.

В рамках этой процедуры сделки или несколько взаимосвязанных сделок по приобретению, отчуждению или в связи с возможностью отчуждения прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет более чем пятьдесят тысяч рублей, недвижимого имущества, ценных бумаг, долей в уставном капитале и транспортных средств, а также по получению и выдаче займов, кредитов, поручительств и гарантий, уступке прав требования, переводу долга, учреждению доверительного управления имуществом, передаче имущества в залог и распоряжению денежными средствами, размещенными на счетах (вкладах), могут совершаться гражданином только с выраженного в письменной форме предварительного согласия финансового управляющего[592]. Все споры по этим вопросам рассматриваются арбитражным судом в деле о банкротстве гражданина.

Без письменного согласия финансового управляющего гражданин вправе только открыть специальный банковский

---

[591] СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400 (с посл. изм. и доп.).

[592] См., например, Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 09.11.2016 № 10АП-14162/2016 по делу № А41-78484/15 // СПС «КонсультантПлюс».

счет и распоряжаться денежными средствами, размещенными на нем. Сумма совершенных гражданином операций по распоряжению денежными средствами, размещенными на специальном банковском счете, не может превышать пятьдесят тысяч рублей в месяц. По ходатайству гражданина арбитражный суд вправе увеличить максимальный размер денежных средств, размещенных на специальном банковском счете должника, которыми он вправе ежемесячно распоряжаться.

В процессе проведения процедуры реструктуризации долгов гражданин также не вправе вносить свое имущество в качестве вклада или паевого взноса в уставный капитал или паевой фонд юридического лица, приобретать доли (акции, паи) в уставных (складочных) капиталах или паевых фондах юридических лиц, а также совершать безвозмездные сделки.

В ходе процедуры реструктуризации долгов гражданина разрабатывается и представляется план реструктуризации долгов[593]. Соглашения об отказе гражданина от подготовки и представления плана реструктуризации его долгов являются ничтожными.

Проект плана реструктуризации долгов гражданина принимается решением собрания кредиторов большинством голосов от общего числа голосов конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, требования которых включены в реестр требований кредиторов и подлежит утверждению арбитражным судом после удовлетворения гражданином требований по текущим обязательствам, подлежащих удовлетворению в соответствии с Законом о банкротстве, а также погашения задолженности перед кредиторами первой и второй очереди, требования которых включены в реестр требований кредиторов.

В соответствии со ст. 213.19 Закона о банкротстве в случае утверждения арбитражным судом плана реструктуризации долгов

[593] Порядок представления проекта плана реструктуризации долгов гражданина, условия, при которых он может быть представлен, а также содержание данного плана подробно регулируются ст. 213.12–213.15 Закона о банкротстве, а также п. 23, 27, 28, 30, 33 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2015 № 45.

гражданина[594] требования кредиторов, включенные в него, могут быть предъявлены к гражданину только в порядке и на условиях, которые предусмотрены указанным планом, а не включенные — в порядке, установленном Законом о банкротстве, с учетом особенностей банкротства гражданина.

Кроме того, прекращение денежных обязательств гражданина путем зачета встречного однородного требования не допускается, за исключением случаев когда это предусмотрено планом реструктуризации. Кредиторы лишаются возможности предъявлять требования о возмещении убытков, понесенных ими в связи с утверждением указанного плана, а санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежных обязательств и обязательных платежей, требования об уплате которых включены в план реструктуризации, и подлежащие уплате проценты за неисполнение или ненадлежащее исполнение, не начисляются, за исключением текущих платежей.

Наконец, гражданин обязан уведомить в письменной форме конкурсных кредиторов и уполномоченный орган о существенном изменении своего имущественного положения в течение пятнадцати дней с даты наступления такого изменения в порядке, установленном планом реструктуризации в соответствии с критериями существенного изменения, установленными в плане реструктуризации его долгов.

Вместе с тем на сумму требований конкурсного кредитора или уполномоченного органа, включенных в план реструктуризации долгов гражданина, утвержденный арбитражным судом, начисляются проценты. По общему правилу они начисляются в размере ключевой ставки, установленной Центральным банком

[594] Следует иметь в виду, что план реструктуризации долгов гражданина может быть и не одобрен, а также не утвержден арбитражным судом по основаниям и в порядке, предусмотренном п. 2–4 ст. 213.17 и ст. 213.18 Закона о банкротстве. Кроме того, план реструктуризации долгов гражданина может изменяться, в том числе продлеваться как по инициативе гражданина, так и по инициативе собрания кредиторов (ст. 213.20 и ст. 213.21 Закона о банкротстве). По основаниям и в порядке, предусмотренном ст. 213.23 Закона о банкротстве, арбитражный суд вправе отменить план реструктуризации долгов гражданина.

Российской Федерации на дату утверждения плана реструктуризации долгов гражданина, однако при определенных условиях могут быть уменьшены.

Гражданин в течение срока исполнения плана реструктуризации и пяти лет после завершения его исполнения не вправе скрывать факт осуществления им этого плана при обращении за получением кредита, а также при приобретении товаров (работ, услуг), предусматривающих отсрочку или рассрочку платежа.

Требования конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, включенные в реестр требований кредиторов, удовлетворяются на общих основаниях, предусмотренных планом реструктуризации долгов гражданина. Что же касается конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, требования которых не включены в план реструктуризации, то они вправе предъявить свои требования в течение срока, на который утвержден указанный план, и в порядке, установленном Законом о банкротстве.

Исполнение гражданином плана реструктуризации связывается с представлением финансовым управляющим отчета о результатах его исполнения, который должен быть подготовлен не позднее чем за месяц до истечения установленного срока исполнения плана реструктуризации. Отчет с приложением копий документов, подтверждающих погашение требований кредиторов, направляется конкурсным кредиторам и в уполномоченный орган, требования которых включены в план реструктуризации, а также в арбитражный суд (ст. 213.22 Закона о банкротстве).

Неисполнение требований кредиторов, включенных в план реструктуризации, на дату рассмотрения отчета, а также непредставление отчета в установленный срок влечет созыв финансовым управляющим, конкурсным кредитором или уполномоченным органом собрания кредиторов для рассмотрения вопроса об обращении в арбитражный суд с ходатайством об отмене плана реструктуризации долгов гражданина и о признании его банкротом. Собрание кредиторов должно быть проведено не позднее чем за четырнадцать дней до истечения срока исполнения плана реструктуризации долгов гражданина.

По итогам исполнения плана реструктуризации, а также в случае его неисполнения арбитражный суд назначает дату заседания по рассмотрению результатов исполнения этого плана и жалоб кредиторов на действия гражданина и/или финансового управляющего. В случае исполнения плана реструктуризации, то есть погашения задолженности, предусмотренной указанным планом, и при признании жалоб кредиторов необоснованными, арбитражный суд принимает определение о завершении реструктуризации долгов гражданина. Если же план реструктуризации не исполнен либо имеются основания для его отмены, арбитражный суд принимает определение об отмене указанного плана и решение о признании гражданина банкротом[595].

Реализация имущества гражданина. Процедура реализации имущества гражданина неразрывно связана с признанием его арбитражным судом банкротом. Следовательно, данная процедура является не реабилитационной, а направленной на освобождение его от долгов. В связи с этим согласно ст. 213.24 Закона о банкротстве арбитражный суд должен принять решение о признании гражданина банкротом.

К основаниям для принятия такого решения относятся: непредставление плана реструктуризации долгов гражданина в течение срока, определенного Законом о банкротстве; неодобрение плана реструктуризации собранием кредиторов за исключением указанных Законом о банкротстве случаев; отмена арбитражным судом данного плана; возобновление производства по делу о банкротстве гражданина в случаях, установленных Законом о банкротстве, а также иные случаи, предусмотренные данным законом.

Решением о признании гражданина банкротом арбитражный суд вводит и саму процедуру реализации имущества гражданина. Реализация имущества гражданина вводится на срок не более чем шесть месяцев. Однако этот срок может продлеваться арбитражным судом в отношении гражданина, не являющего-

[595] См.: п. 25 и 36 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2015 № 45.

ся индивидуальным предпринимателем[596]. Что же касается индивидуального предпринимателя, то продление данного срока возможно только по ходатайству лиц, участвующих в деле о банкротстве.

При принятии решения о признании гражданина банкротом арбитражный суд утверждает финансового управляющего для участия в процедуре реализации его имущества[597], который направляет по почте уведомление о признании гражданина банкротом, введении процедуры реализации имущества и предложении заявить свои требования в деле о банкротстве гражданина с разъяснением порядка их заявления всем известным ему кредиторам не позднее чем в 15-дневный срок с даты вынесения арбитражным судом решения о признании гражданина банкротом[598].

[596] Вместе с тем по одному из дел суд справедливо пояснил, что по смыслу п. 2 ст. 213.24 Закона о банкротстве процедура реализации имущества в отношении должника — физического лица должна быть проведена по общему правилу в достаточно короткий срок (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 11.07.2018 № Ф07-5686/2018 по делу № А52-3345/2016 // СПС «КонсультантПлюс»).

[597] Подробнее о проблемах, связанных с участием финансового управляющего в делах о банкротстве гражданина см.: *Карелина С.А., Фролов И.В.* Возможно ли банкротство гражданина без финансового управляющего? // Судья. 2016. № 7. С. 10–15.

[598] Согласно п. 3 ст. 213.24 Закона о банкротстве в случае признания гражданина банкротом арбитражный суд вправе вынести определение о временном ограничении права на выезд гражданина из Российской Федерации. Следовательно, в данной ситуации речь может идти об ограничении правоспособности такого гражданина. Учитывая это, суды правильно толкуют данную меру как право суда, реализуемое с учетом как интересов кредиторов в деле о банкротстве, так и прав должника как гражданина Российской Федерации, соответствующее закону, конкретной ситуации, учитывающее положение сторон, а также обеспечивающее баланс между интересами должника и кредиторов. Ходатайство о применении ограничения должно содержать мотивированное обоснование причин необходимости его установления, доказательства того, что непринятие указанных мер может затруднить или сделать невозможным надлежащее проведение процедуры банкротства должника (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 02.07.2018 № Ф08-4745/2018 по делу № А32-4779/2017; Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.06.2018 № 20АП-2692/2018 по делу № А62-5856/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

Конкурсная масса в случае признания гражданина банкротом и введения процедуры реализации имущества включает все его имущество, имеющееся на дату принятия арбитражным судом решения, а также выявленное или приобретенное после даты принятия такого решения, за исключением имущества, на которое не может быть обращено взыскание в соответствии с гражданским процессуальным законодательством. В конкурсную массу может включаться также имущество гражданина, составляющее его долю в общем имуществе, на которое может быть обращено взыскание в соответствии с гражданским и семейным законодательством[599]. При этом кредитор вправе предъявить требование о выделе доли гражданина в общем имуществе для обращения на нее взыскания.

Основными особенностями формирования конкурсной массы являются: 1) лишение гражданина возможности лично осуществлять все права в отношении имущества, составляющего конкурсную массу, в том числе по распоряжению им. Эти права осуществляются только финансовым управляющим от имени гражданина[600]; 2) ничтожность сделок, совершенных гражданином лично (без участия финансового управляющего) в отношении имущества, составляющего конкурсную массу; 3) снятие ранее наложенных арестов на имущество гражданина и иных

[599] Представляется, что особенности включения в конкурсную массу имущества гражданина-должника в связи с широким распространением законного режима имущества супругов (общей совместной собственности), необходимость учета интересов лиц, находящихся на иждивении должника, попытки изменить законный режим имущества супругов или перераспределить имущество с помощью внесудебных процедур, предусмотренных семейным законодательством (раздел имущества без расторжения брака, заключение брачного договора, соглашение об уплате алиментов, заключенное во внесудебном порядке, и т. д.), а также «совместное банкротство супругов» являются в настоящее время наиболее сложными вопросами формирования конкурсной массы, требующими тщательного анализа и обобщения складывающейся судебной практики (См., например: *Бернштейн Е.В.* Все мы делим пополам: банкротство граждан и семейное имущество в России и за рубежом // Адвокат. 2017. № 3).

[600] Полномочия финансового управляющего по осуществлению в ходе реализации имущества прав от имени гражданина определяются п. 6–7 ст. 213.25 Закона о банкротстве.

ограничений распоряжения его имуществом; 4) прекращение начисления санкций (неустоек, штрафов, пеней и иных финансовых санкций), а также процентов по всем обязательствам гражданина, за исключением текущих платежей; 5) признание безнадежной задолженности гражданина перед кредитором — кредитной организацией (п. 5 ст. 213.25 Закона о банкротстве).

Для целей формирования конкурсной массы финансовый управляющий в течение одного месяца после окончания проведения описи и оценки имущества гражданина обязан представить в арбитражный суд положение о порядке, условиях и сроках реализации имущества гражданина с указанием начальной цены продажи имущества. Данное положение утверждается арбитражным судом и должно соответствовать правилам продажи имущества должника, установленным ст. 110–112 и 139 Закона о банкротстве. Оценка имущества гражданина, которое включено в конкурсную массу, проводится финансовым управляющим самостоятельно. Проведенная оценка может быть оспорена гражданином, кредиторами или уполномоченным органом в деле о банкротстве гражданина. Кроме того, собрание кредиторов вправе принять решение о проведении оценки имущества гражданина или его части с привлечением оценщика и оплатой расходов на проведение данной оценки за счет лиц, голосовавших за принятие соответствующего решения.

О проведении описи и оценки имущества финансовый управляющий обязан информировать гражданина, конкурсных кредиторов и уполномоченный орган по их запросам, а также отчитываться перед собранием кредиторов. В случае выявления нарушений гражданин, конкурсный кредитор или уполномоченный орган вправе оспорить действия финансового управляющего в арбитражном суде.

4. Последствия признания гражданина банкротом. Последствием признания гражданина банкротом является реализация его имущества для удовлетворения требований конкурсных кредиторов и уполномоченного органа и освобождения гражданина от долгов. Согласно ст. 213.26 Закона о банкротстве имущество гражданина или его часть подлежит реализации на торгах в по-

рядке, установленном Законом о банкротстве, если иное не предусмотрено решением собрания кредиторов или определением арбитражного суда. Недвижимое имущество, а также драгоценности и другие предметы роскоши, стоимость которых превышает сто тысяч рублей, подлежат реализации на открытых торгах[601].

О проведении реализации имущества финансовый управляющий также должен информировать гражданина, конкурсных кредиторов и уполномоченный орган по их запросам и отчитываться перед собранием кредиторов. Нарушения процедуры реализации имущества финансовым управляющим могут быть оспорены в арбитражном суде.

Имущество гражданина, принадлежащее ему на праве общей совместной собственности супругов, подлежит реализации в деле о банкротстве по правилам, предусмотренным ст. 213.26 Закона о банкротстве. Супруг вправе участвовать в деле о банкротстве гражданина при решении вопросов, связанных с реализацией общего имущества. В конкурсную массу включается часть средств от реализации общего имущества супругов, соответствующая доле гражданина в таком имуществе, остальная часть этих средств выплачивается супругу. Если при этом у супругов имеются общие обязательства, в том числе при наличии солидарных обязательств либо предоставлении одним супругом за другого поручительства или залога, причитающаяся супругу часть выручки выплачивается после выплаты за счет денежных средств супруга по этим общим обязательствам[602].

В случае невозможности реализовать в установленном порядке принадлежащие гражданину имущество и/или права требования к третьим лицам и отказа кредиторов от принятия указанного имущества и/или прав требования в счет погашения своих требований после завершения реализации имуще-

[601] Особенности продажи предмета залога определяются п. 4, 5, 8–19 ст. 110, п. 3 ст. 111, ст. 138 и п. 4 ст. 213.26 Закона о банкротстве.

[602] Некоторые практические вопросы, связанные с применением ст. 213.26 Закона о банкротстве, см.: Трофимов В.Н. Подборка судебных решений за 2018 год: Статья 213.26 «Особенности реализации имущества гражданина» Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» // СПС «КонсультантПлюс».

ства гражданина восстанавливается его право распоряжения указанными имуществом и/или правами требования. При этом имущество, составляющее конкурсную массу и не реализованное финансовым управляющим, передается гражданину по акту приема-передачи.

Удовлетворение требований кредиторов гражданина осуществляется в порядке очередности, установленной ст. 213.27 Закона о банкротстве. Прежде всего, вне очереди за счет конкурсной массы погашаются требования кредиторов по текущим платежам преимущественно перед кредиторами, требования которых возникли до принятия заявления о признании должника банкротом.

Удовлетворение требований кредиторов по текущим платежам осуществляется в следующей очередности: в первую очередь — требования по текущим платежам, связанным с уплатой алиментов, судебными расходами по делу о банкротстве гражданина, выплатой вознаграждения финансовому управляющему, взысканием задолженности по выплате вознаграждения лицам, привлеченным финансовым управляющим для обеспечения возложенных на него обязанностей в деле о банкротстве гражданина; во вторую очередь — требования о выплате выходных пособий и об оплате труда лиц, работающих или работавших по трудовым договорам; в третью очередь — требования о внесении платы за жилое помещение и коммунальные услуги, в том числе об уплате взноса на капитальный ремонт общего имущества в многоквартирном доме; в четвертую очередь — требования по иным текущим платежам. Требования кредиторов по текущим платежам, относящиеся к одной очереди, удовлетворяются в порядке календарной очередности.

Требования конкурсных кредиторов удовлетворяются в следующей очередности: в первую очередь — требования граждан, перед которыми гражданин несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью[603], а также требования о взыска-

[603] Согласно п. 4 ст. 213.27 Закона о банкротстве при удовлетворении требований граждан, перед которыми гражданин несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, капитализация повременных платежей не производится.

нии алиментов; во вторую очередь — расчеты по выплате выходных пособий и оплате труда лиц, работающих или работавших по трудовому договору; в третью очередь — расчеты с другими кредиторами.

Сумма, вырученная от реализации предмета залога, направляется на погашение требований кредитора по обязательствам, обеспеченным залогом имущества должника, в размере восьмидесяти процентов. Оставшиеся средства вносятся на специальный банковский счет гражданина, открытый в соответствии со ст. 138 Закона о банкротстве, из которых десять процентов суммы, вырученной от реализации предмета залога, предназначаются для погашения требований кредиторов первой и второй очереди в случае недостаточности иного имущества гражданина для погашения указанных требований, а оставшиеся денежные средства используются для погашения судебных расходов, расходов на выплату вознаграждения финансовому управляющему, расходов на оплату услуг лиц, привлеченных финансовым управляющим в целях обеспечения исполнения возложенных на него обязанностей, и расходов, связанных с реализацией предмета залога.

Денежные средства, предназначавшиеся для погашения требований кредиторов первой и второй очереди и оставшиеся на специальном банковском счете гражданина после их полного погашения, включаются в конкурсную массу.

Денежные средства, оставшиеся после полного погашения судебных расходов, расходов на выплату вознаграждения финансовому управляющему, расходов на оплату услуг лиц, привлеченных финансовым управляющим в целях обеспечения исполнения возложенных на него обязанностей, и расходов, связанных с реализацией предмета залога, направляются на погашение части обеспеченных залогом имущества гражданина требований конкурсных кредиторов, не погашенной из стоимости предмета залога.

Денежные средства, оставшиеся после полного погашения расходов и требований кредиторов, обеспеченных залогом реализованного имущества, включаются в конкурсную массу.

Не удовлетворенные за счет стоимости предмета залога требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом имущества гражданина, удовлетворяются в составе требований кредиторов третьей очереди.

Наконец, требования кредиторов, не удовлетворенные по причине недостаточности имущества гражданина, считаются погашенными, за исключением случаев, предусмотренных Законом о банкротстве.

В соответствии со ст. 213.28 Закона о банкротстве после завершения расчетов с кредиторами гражданин, признанный банкротом, освобождается от дальнейшего исполнения требований кредиторов, в том числе требований кредиторов, не заявленных при введении реструктуризации долгов гражданина или реализации имущества гражданина. Финансовый управляющий обязан представить в арбитражный суд отчет о результатах реализации имущества гражданина с приложением копий документов, подтверждающих продажу его имущества и погашение требований кредиторов, а также реестр требований кредиторов с указанием размера погашенных требований кредиторов. По итогам рассмотрения отчета о результатах реализации имущества гражданина арбитражный суд выносит определение о завершении реализации его имущества[604].

Вместе с тем освобождение гражданина от обязательств отнюдь не безусловно. Учитывая, что целью положений Закона о банкротстве, касающихся реализации имущества и освобождения его от долгов, исходя из их системного толкования, является обеспечение добросовестного сотрудничества должника с судом, финансовым управляющим и кредиторами, они направлены на недопущение сокрытия должником каких-либо обстоятельств, которые могут отрицательно повлиять на возможность максимально полного удовлетворения требований кредиторов,

---

[604] Следует иметь в виду, что при наличии обстоятельств, указанных в ст. 213.29 Закона о банкротстве, возможен пересмотр определения о завершении реструктуризации долгов гражданина или реализации его имущества и возобновление производства по делу о банкротстве гражданина (См.: п. 47 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2015 № 45).

затруднить разрешение судом вопросов, возникающих при рассмотрении дела о банкротстве, или иным образом воспрепятствовать рассмотрению дела. Поэтому если при рассмотрении дела о банкротстве будет установлено, что должник не представил необходимые сведения суду или финансовому управляющему при имеющейся у него возможности либо представил заведомо недостоверные сведения, это может повлечь неосвобождение должника от обязательств[605].

Освобождение гражданина от обязательств не распространяется на требования кредиторов, о наличии которых они не знали и не должны были знать к моменту принятия арбитражным судом определения о завершении реализации имущества гражданина.

Освобождение гражданина от обязательств не допускается также в случае, если вступившим в законную силу судебным актом гражданин привлечен к уголовной или административной ответственности за неправомерные действия при банкротстве, преднамеренное или фиктивное банкротство при условии, что такие правонарушения совершены в данном деле о банкротстве гражданина.

Не допускается освобождение гражданина от обязательств и в случае, когда он не предоставил необходимые сведения или предоставил заведомо недостоверные сведения финансовому управляющему или арбитражному суду, рассматривающему дело о банкротстве, и это обстоятельство установлено соответствующим судебным актом, принятым при рассмотрении дела о банкротстве гражданина.

Наконец, не допускается освобождение гражданина от обязательств и в случае, если доказано, что при возникновении или исполнении обязательства, на котором конкурсный кредитор или уполномоченный орган основывал свое требование в деле о банкротстве гражданина, он действовал незаконно, в том числе совершил мошенничество, злостно уклонился от погашения

[605] См.: п. 44–46 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2015 № 45.

кредиторской задолженности, уклонился от уплаты налогов и/или сборов с физического лица, предоставил кредитору заведомо ложные сведения при получении кредита, скрыл или умышленно уничтожил имущество.

При наличии таких обстоятельств арбитражный суд в определении о завершении реализации имущества гражданина указывает на неприменение в отношении гражданина правила об освобождении от исполнения обязательств либо выносит определение о неприменении в отношении гражданина правила об освобождении от исполнения обязательств, если эти случаи выявлены после завершения реализации его имущества.

Ряд требований кредиторов сохраняют силу и могут быть предъявлены после окончания производства по делу о банкротстве гражданина в непогашенной их части в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. К таким требованиям относятся, прежде всего, требования кредиторов по текущим платежам, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, о выплате заработной платы и выходного пособия, о возмещении морального вреда, о взыскании алиментов, а также иные требования, неразрывно связанные с личностью кредитора, в том числе требования, не заявленные при введении реструктуризации долгов гражданина или реализации его имущества. Эти правила применяются также к требованиям о привлечении гражданина как контролирующего лица к субсидиарной ответственности в соответствии с главой III.2 Закона о банкротстве; о возмещении гражданином убытков, причиненных им юридическому лицу, участником которого он был или членом коллегиальных органов которого являлся (ст. 53 и 53.1 ГК), умышленно или по грубой неосторожности; о возмещении гражданином убытков, которые причинены умышленно или по грубой неосторожности в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения им как арбитражным управляющим возложенных на него обязанностей в деле о банкротстве; о возмещении вреда имуществу, причиненного гражданином умышленно или по грубой неосторожности; о применении последствий недействительности сделки, признанной недействи-

тельной на основании ст. 61.2 или 61.3 Закона о банкротстве[606].

В связи с этим после завершения реализации имущества гражданина на такие требования кредиторов, неудовлетворенные в деле о банкротстве, арбитражный суд в установленном законодательством порядке выдает исполнительные листы.

Согласно ст. 213.30 Закона о банкротстве определяются специальные последствия, связанные с признанием гражданина банкротом и касающиеся особенностей его участия в гражданском обороте. В течение пяти лет после завершения в отношении гражданина процедуры реализации имущества или прекращения производства по делу о банкротстве в ходе такой процедуры он не вправе принимать на себя обязательства по кредитным договорам и/или договорам займа без указания на факт своего банкротства.

В течение пяти лет в отношении такого гражданина также не может быть возбуждено дело о банкротстве по его заявлению. Однако в случае повторного признания гражданина банкротом в течение указанного периода по заявлению конкурсного кредитора или уполномоченного органа в ходе вновь возбужденного дела о банкротстве гражданина правило о его освобождении от обязательств не применяется. Неудовлетворенные требования кредиторов, по которым наступил срок исполнения, могут быть предъявлены в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, поэтому после завершения процедуры реализации имущества гражданина в таком случае на неудовлетворенные требования кредиторов, по которым наступил срок исполнения, арбитражным судом выдаются исполнительные листы.

В течение пяти лет он не вправе занимать должности в органах управления страховой организации, негосударственного пенсионного фонда, управляющей компании инвестиционного фонда, паевого инвестиционного фонда и негосударственного пенсионного фонда или микрофинансовой компании, а также иным образом участвовать в управлении такими организациями.

[606] Об особенностях оспаривания сделки должника-гражданина см.: ст. 213.32 Закона о банкротстве.

В течение трех лет после завершения в отношении гражданина процедуры реализации имущества или прекращения производства по делу о банкротстве в ходе такой процедуры он не вправе занимать должности в органах управления юридического лица, иным образом участвовать в управлении юридическим лицом, если иное не установлено Законом о банкротстве.

В течение десяти лет после завершения данной процедуры или прекращения производства по делу о банкротстве в ходе такой процедуры он не вправе занимать должности в органах управления кредитной организации, иным образом участвовать в управлении кредитной организацией.

5. Особенности рассмотрения дела о банкротстве гражданина в случае его смерти. Рассматриваемые особенности определяются в § 4 гл. X Закона о банкротстве. При этом в части, не урегулированной в нем, применяются правила гл. X Закона о банкротстве.

Согласно п. 1 ст. 223.1 Закона о банкротстве производство по делу о банкротстве гражданина может быть возбуждено после его смерти или объявления его умершим по заявлению конкурсного кредитора, уполномоченного органа, а также принявших наследство наследников (по истечении срока для принятия наследства). Для признания наследников гражданина лицами, участвующими в деле о его банкротстве, нотариус обязан представить по запросу суда копию наследственного дела[607]. В пункте 48 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 13 октября 2015 г. № 45 подчеркивается, что лица, указанные в п. 2 ст. 223.1

[607] В соответствии с п. 4 ст. 223.1 Закона о банкротстве до истечения срока для принятия наследства нотариус по месту открытия наследства является лицом, участвующим в процессе по делу о банкротстве гражданина. В связи с этим он заявляет в арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве гражданина, ходатайство о применении в деле правил § 4 главы X Закона о банкротстве и переходе к реализации имущества, а КФХ — к конкурсному производству, в течение пяти рабочих дней с даты открытия наследственного дела в случае, если в деле о банкротстве гражданина применяется реструктуризация долгов гражданина, а также передает финансовому управляющему информацию о наследственном имуществе, ставшую ему известной в связи с исполнением своих полномочий.

Закона о банкротстве, привлекаются судом к участию в деле о банкротстве именно в качестве заинтересованных лиц по вопросам, касающимся наследственной массы, с правами лица, участвующего в деле о банкротстве, и должниками по смыслу Закона о банкротстве не являются. Поэтому имущество наследников, не составляющее наследственное имущество, в конкурсную массу не включается, а кредиторы наследников, обязательства перед которыми возникли не в связи с наследованием, в деле о банкротстве гражданина в случае его смерти не участвуют.

Сведения о том, что гражданин умер либо объявлен умершим, должны указываться в заявлении о признании его банкротом, если об этом известно конкурсному кредитору или уполномоченному органу. В этом случае арбитражный суд в определении о принятии заявления о признании гражданина банкротом указывает на применение при банкротстве гражданина правил § 4 гл. X Закона о банкротстве. Если сведения о том, что гражданин умер или объявлен умершим, стали известны арбитражному суду после возбуждения производства по делу о банкротстве, он выносит по ходатайству лица, участвующего в деле о банкротстве, или по собственной инициативе определение о применении при банкротстве гражданина правил § 4 гл. X Закона о банкротстве.

Если гражданин умер либо объявлен умершим после возбуждения производства по делу о его банкротстве, финансовый управляющий в течение пяти рабочих дней с даты, когда ему стало известно о смерти гражданина или об объявлении его умершим, информирует об этом нотариуса по месту открытия наследства, а также заявляет в арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве гражданина, ходатайство о применении в данном деле правил § 4 гл. X Закона о банкротстве и переходе к реализации имущества (для КФХ — к конкурсному производству) в случае, если в деле о банкротстве гражданина применяется реструктуризация его долгов.

При признании такого заявления обоснованным арбитражный суд выносит решение о признании гражданина бан-

кротом и введении процедуры реализации имущества[608].

В конкурсную массу включается имущество, составляющее наследство (наследственную массу) гражданина. Жилое помещение или его части, а также земельные участки, на которых расположены указанные объекты, являющиеся для гражданина-должника и членов его семьи, совместно проживающих в нем, единственным пригодным для постоянного проживания, если оно выступает предметом ипотеки и на него в соответствии с законодательством об ипотеке может быть обращено взыскание, включаются в конкурсную массу. Данные объекты (жилое помещение или его части, земельные участки, на которых они расположены), являющиеся для гражданина-должника и членов его семьи, совместно проживающих в нем, единственным пригодным для постоянного проживания, не выступающее предметом ипотеки, могут быть включены в конкурсную массу по решению арбитражного суда, рассматривающего дело о банкротстве. Это имущество не включается в конкурсную массу до истечения срока принятия наследства, если в жилом помещении (его частях) проживают лица, имеющие право на обязательную долю в наследстве гражданина, и для них такое жилое помещение (его части) является единственным пригодным для постоянного проживания помещением, а по истечении срока принятия наследства — когда такое имущество является единственным пригодным для постоянного проживания помещением для наследника.

При удовлетворении требований кредиторов требования, связанные с расходами на погребение умершего, охраной наследства и совершением нотариальных действий, отнесены к текущим платежам, которые удовлетворяются в первоочередном порядке.

В случае окончания производства по делу о банкротстве гражданина до истечения срока принятия наследства финансовый управляющий передает сведения об имуществе, состав-

[608] Согласно п. 11 ст. 223.1 Закона о банкротстве до истечения срока принятия наследства заключение мирового соглашения не допускается.

ляющем конкурсную массу и не реализованном им, нотариусу, ведущему наследственное дело.

После завершения расчетов с кредиторами гражданин, признанный банкротом, освобождается от дальнейшего исполнения требований кредиторов, в том числе требований кредиторов, не заявленных при введении реструктуризации его долгов или реализации имущества. При этом не применяются правила, касающиеся случаев, когда освобождение гражданина от обязательств не допускается, а определение арбитражного суда о завершении реализации имущества гражданина не может быть пересмотрено[609].

Библиография:

1. *Бернштейн Е.В.* Все мы делим пополам: банкротство граждан и семейное имущество в России и за рубежом // Адвокат. 2017. № 3.
2. *Карелина С.А., Фролов И.В.* Возможно ли банкротство гражданина без финансового управляющего? // Судья. 2016. № 7.
3. Несостоятельность (банкротство): Учебный курс. В 2 т. / под ред. д. ю. н., проф. Карелиной С.А. Т. 1. М.: Статут, 2019.
4. *Трофимов В.Н.* Подборка судебных решений за 2018 год: Статья 213.26 «Особенности реализации имущества гражданина» Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» // СПС «КонсультантПлюс».
5. *Шишмарева Т.П.* Институт несостоятельности в России и Германии. М.: Статут, 2015.

[609] См.: п. 3–6 ст. 213.28 Закона о банкротстве.

3.8. Независимая банковская гарантия в современном праве России: вопросы теории и судебно-арбитражной практики

Аннотация. В статье исследуется правоприменительная практика применения положений ГК РФ о независимой гарантии. Используя, главным образом, сравнительно-правовой, а также системный методы, автор приходит к выводу, что специфика института независимой банковской гарантии может быть отражена в ГК РФ в системе норм об отдельных видах обязательств как специальный финансовый инструмент, подобно аккредитиву.
Ключевые слова: правоприменительная практика, обязательства, банковская гарантия, независимая гарантия.

Annotation. The article investigates the law enforcement practice of the provisions of the civil code on the independent guarantee. Using mainly comparative legal and systemic methods, the author comes to the conclusion that the specifics of the institution of independent Bank guarantee can be reflected in the civil code of the Russian Federation in the system of rules on certain types of obligations as a special financial instrument, like a letter of credit.
Keywords: law enforcement practice, obligations, bank guarantee, independent guarantee.

В качестве предисловия

Наши первые научные и педагогические контакты с Евгением Парфирьевичем Губиным приходятся на конец восьмидесятых — начало девяностых годов теперь уже прошлого столетия. Надо отметить, что это был тот самый период, когда образовалась новая кафедра под руководством А.Г. Быкова. Моя работа на кафедре началась с прочтения курса «Правовое регулирование внешнеэномической деятельности», а затем перешла в преподавание курса «Правовое регулирование валютных отношений». Интерес к обращению иностранной валюты был

велик, создавались новые правила обращения иностранной валюты на территории России. Рыночная экономика зарождалась и требовала правового оформления отношений во многих областях, в том числе в области банковской деятельности. Коммерческие банки стали совершать сделки, до этого не известные нашему праву и нашей экономике. Появился расчетный форвард. Вспоминается, как на одном из заседаний Консультативного совета Федерального Арбитражного суда Московского округа мы с Евгением Парфирьевичем рассматривали распечатки из компьютеров валютных дилеров, которые представляли собой весьма фривольно написанные тексты переговоров об «игре на разницу», которая заключалась в предсказании или прогнозировании изменения курса валют на короткий промежуток времени. Арбитражные суды в те годы не хотели признавать такие сделки законными, считали, что они не подлежат судебной защите, поскольку были связаны с организацией игр или пари. Е.П. Губин встал на защиту предпринимательского интереса коммерческих банков. Научная мысль о защите расчетной форвардной сделки нашла поддержку среди практиков и ученых, а затем и законодатель внес изменения в ст. 1062 Гражданского Кодекса России, приняв 26 января 2007 г. Федеральный закон № 5-ФЗ «О внесении изменений в статью 1062 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации»[610].

Деятельность коммерческих банков связана с использованием многих финансовых инструментов, позволяющих снижать предпринимательские риски. К таковым относятся не только производные, но и первичные финансовые инструменты, как, например, банковская гарантия. Именно этой банковской сделке, получившей в обновленной редакции гл. 23 Гражданского кодекса России название «независимая гарантия», посвящается настоящая научная статья.

[610] Федеральный закон от 26.01.2007 № 5-ФЗ «О внесении изменений в статью 1062 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 5. Ст. 558.

Восприятие положений ГК РФ о независимой гарантии

На протяжении 20 лет в юридическом сообществе шли споры о банковской гарантии. Причиной тому было само появление института банковской гарантии в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ). Положения о банковской гарантии трудно воспринимались в контексте института обеспечения обязательств, помещенного в гл. 23 ГК РФ. Противоречивая судебная практика, огромное число научных публикаций, в которых отражались разные мнения и суждения о понятии и содержании банковской гарантии, в итоге сформировали некий консенсус по отношению к правовым нормам пар. 6 гл. 23 ГК РФ — «Банковская гарантия». Но вот в 2015 г. принимается новая редакция этого параграфа, и он приобретает новое название — «Независимая гарантия». По всей видимости, все, причастные к новой редакции пар. 6 гл. 23 ГК РФ, с одной стороны, стремились воплотить в этом параграфе наработанное в судебной практике России за 20 лет, а с другой стороны, пытались отразить современную потребность бизнеса в таком финансовом инструменте, как «независимая гарантия». Однако вопросы восприятия положений ГК РФ о банковской гарантии остались, более того, появились еще и другие вопросы, возникшие в связи с новой редакцией ГК РФ о независимой гарантии и остающиеся актуальными и сегодня по истечении двух лет действия последней редакции пар. 6 гл. 23 ГК РФ. Остановимся на некоторых проблемах теории и практики.

Независимость гарантии

Можно по-разному подойти к принципу независимости, ***воплощенному в положениях ГК РФ,*** например, провозгласить абсолютность независимости гарантии, опираясь на тезис «плати — потом разбирайся»[611]. Казалось бы, это самое простое и пра-

[611] См.: *Маркалова Н.Г.* Некоторые вопросы современного регулирования внешнеэкономических отношений в области банковской деятельности / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сборник статей / под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016. С. 161–162. В статье отмечается радикальный подход к независимой гарантии, который основан на суждении: никакой связи с основным обязательством.

вильное отношение к институту независимой гарантии. Тем более что независимость провозглашена в самом названии этого способа обеспечения обязательства. Некоторые ученые и практики так и пытаются представить настоящую редакцию пар. 6 гл. 23 ГК РФ. Можно сказать, что они абсолютизируют независимость гарантии, выраженную в ГК РФ[612]. Другие все же отмечают некоторую зависимость гарантии от основного обязательства и, воспринимая современные положения ГК РФ, называют независимость ослабленной или допускающей исключение[613].

Представители первой группы решительно выступают за полную независимость гарантии, основывая свое суждение на мировой практике и международных обычаях. Они утверждают, что банковская гарантия есть «просто обязательство платить». Гарант не имеет права отказываться от исполнения по гарантии, ссылаясь на нарушения, допущенные сторонами основного договора, его недействительность или прекращение. Считают, что платеж гаранта во исполнение независимого обеспечительного обязательства может иметь место и ***в отсутствие основного обязательства.*** В подтверждение своего утверждения часто ссылаются на Унифицированные правила для гарантий по требованию и Конвенцию ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995 г., а также на мнения зарубежных авторов[614].

---

[612] *Романов Р.И.* Независимость банковской гарантии // Новый юридический журнал. 2012. № 1.

[613] *Руденко Е.Ю., Каунов А.М.* Вопросы акцессорности независимой гарантии // Власть Закона. 2016. № 1. С. 117–122. *Савельев С., Меньшенин П., Колотилов О.* Еще раз к вопросу о независимости банковской гарантии // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2016. № 3. С. 16–25.

[614] Унифицированные правила для гарантий по требованию, включая типовые формы (URDG 758). Редакция 2010 года. / Публикация Международной торговой палаты № 758; Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью-Йорк, 11 декабря 1995 года). — Международное частное право / Сборник документов. М.: БЕК, 1997. С. 633–640; *Рамберг Я.* Международные коммерческие транзакции. Четвертое издание. Публикация ICC № 711. = International Commercial Transactions. Jan Ramberg. Fourth Edition. ICC Publication № 711E / Ян Рамберг; (пер. с англ. под ред. Н.Г. Вилковой). М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 58–60.

Все это заслуживает внимания, если только не вспомнить о том, что Унифицированные правила являются международными обычаями и согласно гражданскому праву России становятся обязательными, если стороны договора согласились ими руководствоваться. В ситуации, когда применяются исключительно нормы ГК РФ о банковской гарантии, нельзя руководствоваться Унифицированными правилами для гарантий по требованию, несмотря на известный факт заимствования некоторых положений этих правил при разработке новой редакции пар. 6 гл. 23 ГК РФ. Если поступит требование бенефициара об уплате денежной суммы по независимой гарантии, то участники правоотношения по банковской гарантии, в случае применения российского права, должны руководствоваться нормами ГК РФ.

Вторая группа ученых и практиков, обращаясь к нормам пар. 6 гл. 23, указывает на некоторую ***акцессорность*** банковской гарантии, то есть на связь с основным обязательством. Прежде всего отмечают следование обеспечительного обязательства по банковской гарантии за основным обязательством, которое просматривается в ст. 372 ГК РФ и которое в теории права рассматривается как сердцевина учения об акцессорных обязательствах[615]. В статье 372 ГК РФ, в частности, указано, что «передача бенефициаром прав по независимой гарантии другому лицу допускается лишь при условии одновременной уступки тому же лицу прав по основному обязательству». Далее приводят ст. 368 ГК РФ, в которой определена обязанность гаранта указать в тексте основное обязательство, исполнение по которому обеспечивается гарантией. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать обстоятельства, наступление которых влечет выплату по независимой гарантии (ст. 374 ГК РФ). Согласно ст. 375.1 ГК РФ бенефициар обязан возместить гаранту или принципалу убытки, которые причинены вследствие того, что представленные им документы являлись недостоверными либо предъявленное требование являлось необоснованным. Кроме того, гарант имеет пра-

[615] *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Общие положения. 3-е изд., стер. М.: Статут, 2001. Кн. 1. С. 480; *Бевзенко Р.С.* Акцессорность обеспечительных обязательств. М.: Статут, 2013. С. 27.

во приостановить платеж на срок до семи дней, если он имеет разумные основания полагать, что «обстоятельство, на случай возникновения которого независимая гарантия обеспечивала интересы бенефициара, не возникло». Все эти условия подтверждают ***некоторую*** связь с основным обязательством.

На связь с основным обязательством обращает внимание и судебно-арбитражная практика. Так, коммерческий банк (гарант) отказал удовлетворить требование ООО «Компания Нефтемаркет» (бенефициар) о выплате по банковской гарантии, выданной в обеспечение исполнения обязательства ООО «Оптима» (принципал), обосновав отказ тем, что бенефициар не указал в требовании, как того требует гарантия, на те обстоятельства, вследствие наступления которых принципалом не были исполнены обязательства по договору. Арбитражный суд Московского округа, рассматривавший кассационную жалобу бенефициара, отметил, что в соответствии с п. 1 ст. 376 ГК РФ гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии либо представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока[616].

В другом постановлении Арбитражного суда Московского округа в удовлетворении требования бенефициара было отказано, поскольку на момент направления бенефициаром гаранту требований об осуществлении выплаты срок исполнения обязательства принципала, иные обстоятельства, на случай наступления которых кредитор себя обеспечивал, не наступили, а приложенные бенефициаром документы не соответствовали условиям банковской гарантии[617].

Особенно остро показана связь гарантии с основным обязательством в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 27 декабря 2016 г. по делу № А40-44573/16. В постановлении, в частности, указывается, что поскольку банковская га-

[616] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 13.01.2017 № Ф05-20728/2016 по делу № А40-236828/2015.

[617] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 14.02.2017 № Ф05-218/2017 по делу № А40-3345/2016.

рантия в силу ст. 329 Гражданского кодекса Российской Федерации ***является одним из способов обеспечения обязательства,*** а ответчик получил от банка уплату денежных средств на основании банковской гарантии в связи с ненадлежащим исполнением истцом обязательств по договору, обеспеченному этой гарантией, вывод судов о том, что сумма, полученная по ней в связи с ненадлежащим выполнением обязательств по договору, не является неосновательным обогащением, соответствует закону и фактическим обстоятельствам. Суд обратил внимание на обстоятельство того, что основанием получения денежных средств являлись заключенный между сторонами договор оказания услуг и банковская гарантия, предусматривающая обязанность банка выплатить бенефициару денежную сумму ***за нарушение исполнителем обязательств*** по договору, отметив, что ненадлежащее исполнение истцом своих обязательств по договору документально подтверждено[618].

Существует и ***другая позиция судов,*** которая четко отражает признание судом ***абсолютной независимости*** банковской гарантии. Например, в Постановлении Арбитражного суда Московского округа от 6 июня 2017 г. указано, что «банковская гарантия представляет собой ***полностью независимое от основного обязательства самостоятельное обязательство гаранта*** по выплате бенефициару оговоренной в гарантии денежной суммы, которое подлежит исполнению ответчиком по первому требованию бенефициара». По мнению суда, «законодательно принцип независимости банковской гарантии выражается, в том числе, ***в ограничении допустимых возражений со стороны гаранта.*** То обстоятельство, что банковская гарантия является одним из способов обеспечения обязательств, не означает, что при рассмотрении споров о взыскании денежных средств по банковской гарантии подлежат подробному исследованию доказательства фактического неисполнения основного обязательства»[619].

[618] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.12.2016 № Ф05-19461/2016 по делу № А40-44573/16.

[619] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 06.06.2017 № Ф05-5545/2017 по делу № А40-159160/2015.

Но если Арбитражный суд Московского округа в своем постановлении все же делает вывод о том, что в предмет доказывания по делу по иску бенефициара к гаранту входит лишь проверка судом соблюдения истцом (бенефициаром) порядка предъявления требований по банковской гарантии с приложением указанных в гарантии документов и ***указанием на нарушение принципалом основного обязательства,*** то в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 15 июня 2017 г. утверждается, что гарант перед осуществлением выплаты по банковской гарантии ***не должен*** проверять, ***действительно ли имело место нарушение*** ответчиком своих обязательств перед бенефициаром[620].

Следует отметить, что вывод суда о том, что гарант не должен проверять, действительно ли имело место нарушение принципалом своих обязательств перед бенефициаром имеет сходство с поведением банка — эмитента по аккредитиву, который проверяет поступившие документы на предмет соответствия условиям аккредитива только ***по внешним признакам*** (ст. 871 ГК РФ[621]). Некоторые ученые весьма критично относятся к новому правилу п. 3 ст. 375 ГК РФ о том, что «гарант проверяет соответствие требования бенефициара условиям независимой гарантии, а также оценивает ***по внешним признакам*** приложенные к нему документы».

Так, В.А. Белов отмечает в качестве неудачной новую редакцию п. 3 ст. 375 ГК РФ, поскольку норма не позволяет однозначно понять, как можно проверить соответствие требования бенефициара условиям независимой гарантии и по внешним признакам оценить приложенные к требованию документы. Автор задается вопросом, на какой предмет оцениваются документы: на предмет ли их подлинности, достоверности, соответствия усло-

---

[620] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.06.2017 № 09АП-16866/2017 по делу № А40-195905/16-98-1779.

[621] В литературе уже отмечалось, что в праве международной торговли банковские гарантии и аккредитивы рассматриваются как сходные по своей природе инструменты. См.: *Вишневский А.А.* Недобросовестность как исключение из принципа независимости аккредитива в зарубежном банковском праве // Вестник ВАС РФ. 2013. № 1. С. 39–47.

виям основного обязательства или условиям самой гарантии. В.А. Белов справедливо указывает на источник заимствования нормы — «она взята из ***аккредитивного*** законодательства и практики, где описывается процесс оценки документов, представленных бенефициаром, на предмет их ***соответствия условиям аккредитива*** как раз на основании ***внешних признаков».*** Только путем системного толкования нормы, утверждает В.А. Белов, «например, в связи с п. 1 ст. 376 Кодекса становится понятно, что требование и приложенные к нему документы проверяются “по внешним признакам” на предмет соответствия ***условиям независимой гарантии»***[622].

Именно так, не вдаваясь «в подробности», мотивируется решение суда со ссылкой на «внешние признаки» при оценке правовой ситуации, связанной с предъявлением требования по банковской гарантии. Например, между ООО «Энергия-2» и Департаментом природных ресурсов и экологии Воронежской области был заключен государственный контракт, в соответствии с которым общество приняло на себя обязательство по оказанию услуг по организации и выполнению расчистки русла реки Тавровка на территории городского округа г. Воронеж. В обеспечение исполнения своих обязательств по контракту общество представило банковскую гарантию, выданную АКБ «Тамбовкредитпромбанк» (ОАО). По условиям банковской гарантии банк принял на себя обязательства уплатить по первому письменному требованию Департамента любую сумму, не превышающую 573 014 руб., в случае неисполнения или ***отказа от исполнения*** ООО «Энергия-2» государственного контракта.

Департамент природных ресурсов и экологии Воронежской области воспользовался своим правом предъявить к акционерному коммерческому банку «Тамбовкредитпромбанк» (ОАО) требование об осуществлении платежа по банковской гарантии, хотя контракт был расторгнут по обоюдному согласию сторон

[622] *Белов В.А.* Независимая гарантия в измененном Гражданском кодексе Российской Федерации и актах — источниках международного торгового права // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 4. С. 71–89.

и в судебном порядке, а не вследствие отказа ***от исполнения.*** Общество с ограниченной ответственностью «Энергия-2» обратилось в Арбитражный суд Воронежской области с исковыми требованиями к Департаменту природных ресурсов и экологии Воронежской области о взыскании 573 014 руб. неосновательного обогащения, поскольку банк удовлетворил требование по банковской гарантии. Решением Арбитражного суда Воронежской области в удовлетворении искового требования было отказано. Решение было отменено Девятнадцатым арбитражным апелляционным судом, а затем было оставлено в силе Арбитражным судом Центрального округа. После некоторых сомнений суд кассационной инстанции пришел к следующему выводу: «По смыслу статей 368, 369 и 374 ГК РФ обязательство гаранта по банковской гарантии состоит в выплате определенной суммы по предъявлении бенефициаром письменного требования о платеже и других документов, указанных в гарантии, которые по своим ***внешним признакам*** соответствуют условиям гарантии. Независимость гарантии обеспечивается наличием специальных (и при этом исчерпывающих) оснований для отказа гаранта в удовлетворении требования бенефициара, которые никак не связаны с основным обязательством (п. 1 ст. 376 ГК РФ), а также отсутствием у гаранта права на отказ в выплате при предъявлении ему повторного требования (п. 2 ст. 376 ГК РФ)». Таким образом, суд не стал вдаваться даже в такую особенность, какой является ***факт расторжения контракта по решению суда*** Воронежской области от 15 июля 2014 г. по воле сторон, а не вследствие одностороннего отказа от договора исполнителем — ООО «Энергия-2»[623].

Соотношение принципа добросовестности и принципа независимости

Создается впечатление, что современная судебная практика по банковским или независимым гарантиям формирует-

[623] Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 02.10.2017 № Ф10-3531/2017 по делу № А14-2163/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

ся без обращения к принципу добросовестности. В свое время необходимость соблюдения принципа добросовестности при исполнении обязательств по банковской гарантии была подтверждена Информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 января 1998 г. № 27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии» указанием на то, что судом может быть отказано в удовлетворении требований бенефициара, если имеются доказательства прекращения основного обязательства ***в связи с его надлежащим исполнением,*** о чем бенефициару было известно до предъявления письменного требования к гаранту[624]. При таких условиях арбитражный суд со ссылкой на ст. 10 ГК РФ расценивал действия бенефициара как ***злоупотребление правом.***

В условиях применения новой редакции ГК РФ о независимой гарантии подход судов к применению принципа добросовестности участников правоотношения изменился, по крайней мере, он не однозначен. Напомним, что в ст. 1 (п. 3) ГК РФ определено: «При установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно». В силу п. 1 ст. 10 ГК РФ не допускается осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действуя в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Основываясь на этих предписаниях ГК РФ, в одних случаях суды квалифицируют поведение бенефициара, получившего удовлетворение или заявившего требование гаранту о выплате гарантийной суммы сразу после заключения основного договора, например, с условием обеспечения аванса, предоставляемого кредитором (бенефициаром) принципалу, банковской

[624] Вестник ВАС РФ. 1998. № 3.

гарантией, ***как злоупотребление правом***[625]. В других случаях ***суды игнорируют это обстоятельство*** или требуют доказательств, в чем именно заключается злоупотребление правом, либо доказательства того, что бенефициар действовал умышленно во вред гаранту и принципалу[626].

В тех случаях, когда арбитражные суды отказывают бенефициару в удовлетворении его требования по банковской гарантии по причине недобросовестности поведения бенефициара, уже получившего к моменту предъявления требования удовлетворение от принципала, суды представляют свое мотивированное обоснование по делу в качестве ***«исключения из общего принципа независимости банковской гарантии»***[627]**.** С таким обоснованием трудно согласиться, поскольку в рассмотренной ситуации с правовой точки зрения ***нет никакого исключения,*** а есть приме-

---

[625] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24.05.2017 № Ф05-6109/2017 по делу № А40-49192/2016.

Арбитражный суд Московского округа обосновал свое постановление со ссылкой на п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 № 27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии», поскольку до предъявления письменного требования к гаранту денежные обязательства принципала перед бенефициаром *были полностью исполнены*, о чем было известно бенефициару, который, предъявив требование к гаранту, действовал заведомо недобросовестно с целью получения оплаты в размере, превышающем денежные обязательства принципала.

[626] Определение Верховного Суда РФ от 30.01.2017 № 305-ЭС16-15440 по делу № А40-204354/2015. В Определении отмечается, что судебные акты не содержат выводов о том, *в чем конкретно выразилось злоупотребление истцом правом*, а также какими доказательствами это подтверждается; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.08.2016 № Ф05-2022/2016 по делу № А40-31510/2015. Требование удовлетворено, поскольку *доказательства недобросовестности* поведения кредитора, как и несоблюдения условий предъявления требований по банковской гарантии, *не представлены*; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.07.2017 № Ф05-7718/2017 по делу № А40-168723/2015. Для квалификации сделки как совершенной со злоупотреблением правом в дело *должны быть представлены доказательства* того, что, совершая сделку, стороны намеревались реализовать какой-либо противоправный интерес.

[627] Определение Верховного Суда РФ от 30.01.2017 № 305-ЭС16-15440 по делу № А40-204354/2015.

нение ***нормы права, обязывающей*** участников правоотношения ***действовать добросовестно.***

Оценивая поведение сторон обязательства, суды обязаны применять п. 3 ст. 307 ГК РФ в его последней редакции, который гласит: «При установлении, исполнении обязательства и после его прекращения стороны ***обязаны действовать добросовестно,*** учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию». Следует согласиться с Е.Е. Богдановой, утверждающей, что стороны в договорных отношениях должны добиваться баланса распределения прав и обязанностей по заключаемому договору, учитывая интересы и разумные потребности своих контрагентов, а исполнение сторонами своих обязанностей или осуществление прав в пределах указанного баланса интересов будет свидетельствовать об их добросовестном поведении[628]. Если следовать логике абсолютной независимости банковской гарантии, то бенефициар, будучи кредитором по основному обязательству, оказывается в более выгодном положении, что приводит к нарушению баланса интересов сторон. Недопустима и противоположная позиция, при которой банк-гарант задерживает выплату по требованию бенефициара, руководствуясь условиями, указанными в основном договоре.

Правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации

Следует отметить, что Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации (далее — Суд) по вопросам применения норм ГК РФ о независимой гарантии (§ 6 гл. 23) занимает неоднозначную позицию, но в целом взвешенную. В одних случаях, как это было показано ранее, например, по вопросу злоупотребления правом, Суд подходил к этому обстоятельству более радикально, чем это было ранее у Высшего

[628] *Богданова Е.Е.* Принцип добросовестности в договорных отношениях в российском и зарубежном праве // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 7. С. 1363–1369.

Арбитражного Суда Российской Федерации, требуя предоставления доказательств, в чем именно заключается злоупотребление правом[629]. В других случаях Суд таких доказательств не требует. Например, в деле по иску ПАО « Федеральная сетевая компания Единой энергетической системы» к ПАО «МТС-Банк» о взыскании задолженности по банковской гарантии Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации поддерживает выводы судов нижестоящих инстанций о недобросовестном поведении бенефициара, отмечая в Определении, что выводы судов соответствуют правовой позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда, изложенной в п. 4 Информационного письма Российской Федерации от 15 января 1998 г. № 27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии»[630].

Весьма примечательным в фокусе связи банковской гарантии с основным обязательством является Определение Верховного Суда России на решение Арбитражного суда города Москвы от 15 февраля 2017 г., постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 2 мая 2017 г. и постановление Арбитражного суда Московского округа от 10 августа 2017 г. по делу № А40-183445/2016.

Соглашаясь с содержащимися в обжалуемых судебных актах выводами, касающимися толкования положений ГК РФ о независимой (банковской) гарантии как виде обеспечения исполнения обязательства, о порядке применения принципа независимости данной гарантии от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, Судебная коллегия все же отменила обжалуемые судебные акты, которые удовлет-

[629] См.: Определение Верховного Суда РФ от 30.01.2017 № 305-ЭС16-15440 по делу № А40-204354/2015; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.08.2016 № Ф05-2022/2016 по делу № А40-31510/2015; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.07.2017 № Ф05-7718/2017 по делу № А40-168723/2015.

[630] Определение Верховного Суда РФ от 19.10.2017 № 305-ЭС17-12925 по делу № А40-49192/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

ворили требования бенефициара по банковской гарантии. Суд посчитал важным принять во внимание то обстоятельство, что на момент выдачи гарантий было возбуждено дело о банкротстве принципала, который в то время уже отвечал признакам неплатежеспособности; регрессное требование к принципалу не было ничем обеспечено, и был высокий риск невозвратности денежных средств по регрессному требованию[631].

В нескольких определениях Верховного Суда России, принятых по кассационным жалобам на судебные акты нижестоящих судов, исследовался вопрос о соответствии представленного требования по банковской гарантии предписаниям ГК РФ, контракта и условиям самой банковской гарантии. Суды нижестоящих инстанций установили, что при направлении банку требования истцом были соблюдены положения ст. 374 Гражданского кодекса Российской Федерации: требование не превышает согласованную сумму банковской гарантии, направлено банку в переделах срока действия банковской гарантии, содержит все сведения, предусмотренные гарантией, к нему приложены согласованные документы. Однако Судебная коллегия по экономическим спорам не согласилась с обоснованием нижестоящих судов, отказавшихся удовлетворить требование бенефициара в полном объеме по мотиву того, что установлен факт частичного выполнения принципалом работ по договору подряда, что означало, по мнению судов, необходимость учесть это обстоятельство и удовлетворить требование по банковским гарантиям не полностью, а в части, с учетом зачета полученных ранее сумм. Верховный Суд РФ в лице Судебной коллегии по экономическим спорам, согласившись с частичным удовлетворением требований по гарантиям, в Определении дал свое обоснование, которое звучит следующим образом: «независимость гарантии обеспечивается наличием специальных и исчерпывающих оснований для отказа гаранта в удовлетворении требования бенефициара, (п. 1 ст. 376 Гражданского кодекса Российской Федерации), которые никак не связаны с основным обязательством,

[631] Определение Верховного Суда РФ от 12.02.2018 № 305-ЭС17-13572 А40-183445/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

а также отсутствием у гаранта права на отказ в выплате при предъявлении ему повторного требования (п. 2 ст. 376 Гражданского кодекса Российской Федерации). В качестве исключения из общего принципа независимости банковской гарантии сложившаяся судебная практика рассматривает ситуацию, когда недобросовестный бенефициар, уже получивший надлежащее исполнение по основному обязательству, в целях собственного неосновательного обогащения, действуя умышленно во вред гаранту и принципалу, требует платежа от гаранта. В этом случае иск бенефициара не подлежит удовлетворению на основании ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (п. 4 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 января 1998 г. № 27 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии»)[632].

Как усовершенствовать правовое регулирование отношений по независимой гарантии

Проведенное исследование арбитражной практики показывает, насколько не совершенен пар. 6 гл. 23 в его настоящей редакции, насколько содержание правил о независимой гарантии не способствует ясному и четкому толкованию судами представленных норм права. Поскольку нормы о независимой или банковской гарантии сосредоточены в гл. 23 ГК РФ, определяющей способы обеспечения исполнения обязательств, независимая гарантия по своей правовой сути ***обречена быть обеспечительным обязательством*** и ей суждено иметь некую связь с основным обязательством, которое она обеспечивает. Вопрос заключается в том, как достичь гармонии в правовом обеспечении обязательства, используя независимую гарантию как способ обеспечения исполнения обязательства.

[632] Определение Верховного Суда РФ от 16.06.2017 по делу № 305-ЭС16-17109; Определение Верховного Суда от 01.12.2017 № 305-ЭС17-11587 // СПС «КонсультантПлюс».

Обратимся к источникам права международного характера и национальному законодательству некоторых стран.

Первый вопрос, который встает перед теоретиками и практиками, — вопрос об отношении России к положениям Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, которая была принята в 1994 г. и вступила в силу 1 января 2000 г. В Конвенции участвуют США, несколько стран, законодательство которых находится под влиянием англо-американского права, а также такое европейское государство, как Беларусь. Конвенция создавалась в рамках ЮНСИТРАЛ с целью сблизить гарантию по требованию и резервный аккредитив, который более активно, чем гарантия, применялся в США в качестве способа обеспечения платежей во внешнеторговых сделках. Российская Федерация, как и большинство европейских стран, не является участником Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, а в большей степени ориентируется на унифицированные международные обычаи, применяемые в сфере внешней торговли, каковыми являются Унифицированные правила для документарных аккредитивов (UCP) и Унифицированные правила для гарантий по требованию (URDG). Однако такое внимание к унифицированным правилам не означает необходимости их полного копирования при принятии норм ГК РФ, а уж тем более толкования действующих положений ГК РФ о независимой гарантии с постоянной оглядкой на унифицированные обычаи, как это зачастую предлагается и осуществляется многими юристами. Надо отметить, что влияние унифицированных правил обнаруживается в законодательстве многих стран, как входящих, так и не входящих в Европейский союз. Однако законодательство каждого государства стремится соответствовать своим национальным интересам, направленным на защиту экономики, включая банковский бизнес. В частности, применение принципа «плати — потом разбирайся» во внутренней сфере деятельности российских коммерческих банков, особенно в условиях международных финансовых санкций, не поспособствует сохранению платежеспособности банков. Не секрет, что некоторые коммерческие банки не желают иметь дело

с гарантиями, не отражающими внутреннее законодательство, а содержащими условия, соответствующие унифицированным правилам о немедленном удовлетворении требований. Это касается не только российских банков. Например, в Италии и Германии наблюдаются ситуации, когда банки предоставляют гарантии с условием использования специальных норм своего национального законодательства, а не унифицированных правил[633].

Так, недавно в Китае прошли дискуссии по усовершенствованию положений Закона КНР «О гарантиях» 1995 г. Предложено понятие ***«независимой гарантии»*** определить ***только к иностранным транзакциям,*** а внутри страны правоотношение по обеспечению исполнения обязательства должно зиждиться на соглашении между кредитором и гарантом о том, что в случае, «если дебитор не выполнит долгового обязательства, гарант ведет себя согласно предварительной договоренности о выполнении долгового обязательства или принимает ответственность на себя»[634].

Специальные нормы о банковских гарантиях определяет и национальное законодательство некоторых европейских стран — членов Европейского союза. Так, Банк Италии согласно законодательству страны вправе устанавливать особые формы и предписывать специальные требования для договоров по банковской гарантии. В Швейцарии понятие гарантии сложилось на доктринальном уровне, поскольку, как отмечается в литературе, употребление термина в законодательстве способно не упростить, а запутать квалификацию[635]. Авторы отмечают, что доктринальный подход к пониманию гарантии достаточно точен. Во-первых, гарантия представляет собой не акцессорное, а самостоятельное обязательство. Во-вторых, считается, что в

---

[633] Из дискуссий Конференции ICC «Банковская гарантия: международный опыт и российская практика», 22 марта 2017 г.

[634] Ст. 6 Закона КНР «О гарантиях». URL: http://law.uglc.ru/guarantee.htm

[635] Основные институты гражданского права зарубежных стран / отв. ред. В.В. Залесский. М.: Норма, 2009. С. 544–552.

силу гарантии обязанная сторона принимает на себя ***возмещение ущерба, а не исполнение обязательства за другое лицо.***

В английском праве гарантийные обязательства существуют в рамках договорных отношений, которые английский суд разделяет на отношения по ***настоящей*** гарантии и на отношения по ***независимой*** гарантии. Настоящая гарантия, в нашем понимании, по сути является поручительством, поскольку «это вторичное обязательство, полностью зависящее от основного (первичного) обязательства. Для того чтобы исполнить такую гарантию, бенефициар должен вначале доказать нарушение договора лицом, принявшим на себя основные обязательства. Независимая гарантия не подразумевает необходимости устанавливать ответственность лица, принявшего на себя основные обязательства. Для исполнения гарантии бенефициару достаточно выполнить содержащиеся в ней документарные условия. Такой подход аналогичен принципу «автономности», лежащему в основе аккредитивов»[636]. Этот принцип хорошо сформулирован в судебной практике: «Банк, выдавший гарантию исполнения обязательств, должен исполнить ее в соответствии с ее условиями. Его ни в малейшей степени не интересуют ни отношения между поставщиком и клиентом, ни способность поставщика выполнить свои обязательства. Банк обязан заплатить по требованию, если это предусмотрено в гарантии, не запрашивая доказательств и не выдвигая условий. Единственное исключение — это ситуация явного мошенничества, о которой банку стало известно»[637]. Как определить разницу между настоящей и независимой гарантией, решает английский суд, поскольку именно в его компетенции толковать договорные условия. Поскольку используемые термины не всегда являются однознач-

---

[636] *Финч Д.* Обзор гарантийных инструментов по английскому праву. Конференция ICC «Независимая гарантия: международный опыт и российская практика». 25 октября 2016 г. Даниел Финч — заместитель директора банковского департамента, Berwin Leighton Paisner LLP (Лондон).

[637] *Edward Own* Engineering Ltd v Barclays Bank International Ltd [1978] QB 159 at 171.

ными, суд анализирует документ по существу сделки в целом. Если гарантия была выдана в рамках ***сделки с иностранным участием*** (внешнеторговой сделки) и обозначена как гарантия по требованию, то, скорее всего, суды будут трактовать ее как ***независимую гарантию***[638]**.**

Представляется интересным и полезным обратиться к белорусскому праву. В соответствии с белорусским законодательством институт гарантии включает в себя гарантии, ***имеющие различную правовую природу.*** Гражданский Кодекс Республики Беларусь (далее — ГК РБ) содержит общие нормы о гарантии (гл. 23 «Обеспечение исполнения обязательств»), которые определяют гарантию как обязательство, которое может возникнуть на основании договора и которое обеспечивает действительное требование кредитора, то есть гарант обязуется перед кредитором другого лица (должника) отвечать полностью или частично за исполнение обязательства должником (ст. 348 ГК РБ). По смыслу предписаний гл. 23 ГК РБ ***гарантия является акцессорным*** (дополнительным) обязательством, носящим обеспечительный характер и практически во многом сливающимся с поручительством. Что касается ***банковской*** гарантии, то она, согласно законодательству Республики Беларусь, имеет ***иную правовую природу***, которая определена в ***Банковском кодексе*** Республики Беларусь, к которому, по сути, отсылает ст. 350 ГК РБ, устанавливающая, что «особенности банковской гарантии и ее отдельных видов определяются законодательством». В Банковском кодексе Республики Беларусь (далее — БК РБ), в гл. 20, носящей название «Банковская гарантия. Поручительство» раздела V «Активные банковские операции» (ст. 164–177) содержатся ***специальные нормы***, принятые, как уже отмечалось выше, под влиянием и в соответствии с положениями Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. При этом следует отметить, что такая гарантия ***не рассматривается в качестве односторонней сделки***, а, как и поручительство, является договором между гарантом и бенефициаром, позволяющим,

638 *Финч Д.* Указ. соч.

например, ***по соглашению гаранта и бенефициара*** вносить изменения или дополнения в текст банковской гарантии после ее выдачи (ст. 168 БК РБ)[639].

Существующие затруднения применения положений ГК РФ о независимой гарантии, которые встречает правоприменительная практика, обусловлены прежде всего концептуально непродуманной системой правовых норм, регулирующих отношения по банковской гарантии. Представляется, что неправильно помещать нормы, отражающие, например, специфику банковского бизнеса, в главу общих норм о способах обеспечения исполнения обязательств. Такое отражение института банковской гарантии привело к очень трудному восприятию и коллизиям норм в системе общих положений об обязательствах. Специфика института независимой банковской гарантии может быть отражена в ГК РФ в системе норм об отдельных видах обязательств как специальный финансовый инструмент, подобно аккредитиву.

Библиография:

1. *Бевзенко Р.С.* Акцессорность обеспечительных обязательств. М.: Статут, 2013.
2. *Богданова Е.Е.* Принцип добросовестности в договорных отношениях в российском и зарубежном праве // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 7. С. 1363–1369.
3. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Общие положения. 3-е изд., стереотипное. М.: Статут, 2001. Кн. 1.
4. *Вишневский А.А.* Недобросовестность как исключение из принципа независимости аккредитива в зарубежном банковском праве // Вестник ВАС РФ. 2013. № 1. С. 39–47.

[639] То, что правовая конструкция «односторонней сделки», существующая в правовой доктрине и практике России, не является безупречной, уже отмечалось в правовой литературе. См.: *Маркалова Н.Г.* Указ.соч. С. 159–160.

5. *Маркалова Н.Г.* Некоторые вопросы современного регулирования внешнеэкономических отношений в области банковской деятельности / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сборник статей / под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016.
6. Основные институты гражданского права зарубежных стран / отв. ред. В.В. Залесский. М.: Норма, 2009. С. 544–552.
7. *Рамберг Я.* Международные коммерческие транзакции. Четвертое издание. Публикация ICC № 711. = International Commercial Transactions. Jan Ramberg. Fourth Edition. ICC Publication N 711E / Ян Рамберг; (пер. с англ. под ред. Н.Г. Вилковой). М.: Инфотропик Медиа, 2011.
8. *Романов Р.И.* Независимость банковской гарантии // Новый юридический журнал. 2012. № 1.
9. *Руденко Е.Ю., Каунов А.М.* Вопросы акцессорности независимой гарантии // Власть Закона. 2016. № 1. С. 117–122.
10. *Савельев С., Меньшенин П., Колотилов О.* Еще раз к вопросу о независимости банковской гарантии // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2016. № 3. С. 16–25.

3.9. Некоторые проблемы применения российских моделей возмещения убытков, причиненных нарушениями антимонопольного законодательства

Аннотация. В статье анализируется комплекс правовых норм, применяемых при разрешении споров, возникающих в части возмещения убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства. Автором рассматриваются основания возмещения данной разновидности убытков; исследуется взаимодействие публичного нарушения антимонопольного законодательства с частноправовым последствием в виде имущественного предоставления в ответ на умаление имущественных прав потерпевшего; делается вывод о том, что гражданско-правовые убытки, возникшие в результате антиконкурентных действий, не могут возмещаться по правилам возмещения убытков, установленным для обязательственных отношений; доказано, что основными моделями возмещения имущественных потерь потерпевшего при нарушениях антимонопольного законодательства являются реституция по недействительной сделке, а также деликтный и кондикционный иски.
Ключевые слова: конкуренция, антиконкурентное действие, нарушение антимонопольного законодательства, гражданско-правовая ответственность, возмещение убытков, недействительность сделки, реституция, деликтный иск, кондикционный иск.

Annotation. The article analyzes the complex of legal norms used in the resolution of disputes arising in terms of compensation for damages caused by violation of antitrust law. The author considers the grounds for compensation of this type of damages; examines the interaction of public violations of antitrust law with private law consequences in the form of property provision in response to the impairment of the property rights of the victim; it is concluded that civil losses resulting from anticompetitive actions cannot be compensated under the rules of compensation of losses established for the obligation relations; it is

proved that the main models of compensation of property losses of the victim in case of violations of Antimonopoly legislation are restitution under an invalid transaction, as well as tort and conduction claims.
Keywords: competition, anticompetitive effects, violation of the antitrust laws, civil liability, damages, nullity of the transaction, restitution, tort claim, the claim konditsionnye.

Рынок, рыночные отношения неразрывно связаны с конкуренцией. Однако, как справедливо замечает Е.П. Губин, «совершенно ясно, что современные условия рыночной экономики далеки от идеальной модели совершенной конкуренции»[640].

1. Основу любого правового регулирования составляет принцип справедливости, который имеет самые полиморфные проявления в различных отраслях права. Смысл всякого права заключается в том, что оно не должно ухудшать положение субъекта права, а также должно содержать ограничительные и стимулирующие механизмы, направленные на защиту его интересов. Именно этот принцип лежит в основе формирования правовых режимов ***защиты «слабой» стороны правоотношения***. Гражданское законодательство знает массу примеров реализации этого принципа, наиболее ярким из которых является правовой режим защиты прав потребителей.

В сфере антимонопольного регулирования также необходимо создавать особые «защитные» правовые режимы, компенсирующие антиконкурентную деятельность монополиста в отношении своих контрагентов или скоординированную деятельность хозяйствующих субъектов-конкурентов, ограничивающую экономические интересы их прямых конкурентов. Обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, поддержки конкуренции, свободы экономической деятельности (ч. 1 ст. 8 Конституции РФ), а также недопущение экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовест-

[640] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 16.

ную конкуренцию (ч. 2 ст. 34 Конституции РФ) является прямой конституционной обязанностью государства и согласно ст. 22 Закона о защите конкуренции возложено на антимонопольный орган в лице Федеральной антимонопольной службы России (ФАС России).

2. Основная проблема в данном вопросе сводится к невозможности признания возникновения гражданско-правовых последствий при нарушении антимонопольного законодательства, а более точно — к невозможности возникновения частноправовых последствий в результате нарушения, совершенного в публичной сфере. До настоящего времени не выявлена точная связь между последствиями нарушения публичного (коллективного) и частноправового (индивидуального) интереса, что приводит отдельных исследователей к выводу о недопустимости применения частноправовых средств реагирования на нарушения антимонопольного законодательства[641].

В частности, остается не ясным ответ на вопрос: ***какие именно субъективные права нарушаются в результате нарушения антимонопольного законодательства?*** Вероятно, никто не будет возражать, что публичное правоотношение, связанное с соблюдением запретов и исполнением обязанностей, возлагаемых на хозяйствующих субъектов Законом о защите конкуренции (*конкурентное отношение*), существует автономно от гражданско-правовых отношений, возникающих между этими субъектами в процессе их рыночного взаимодействия. В этих правоотношениях различны не только субъектный состав, но и их содержание.

В конкурентном отношении преобладают обязанности подчиненной стороны отношения (хозяйствующих субъектов) в виде воздержания от определенных законом видов поведения (запретов) и активного исполнения требований (предписаний), предъявляемых Законом о защите конкуренции к их деятельности. Это совершенно не исключает возможности наличия у

[641] *Белов В.А.* Антимонопольная компенсация (юридические аспекты новой инициативы ФАС России) // Законодательство. № 12. 2014. С. 33–34.

хозяйствующих субъектов и субъективных прав. Но содержание этих прав достаточно специфично. В качестве примера можно привести предусмотренное гл. 5 Закона о защите конкуренции право хозяйствующих субъектов на получение государственной или муниципальной преференции.

Субъективные права, связанные с имущественными интересами хозяйствующих субъектов, напротив, характерны для гражданско-правового правоотношения. Эти субъективные права не могут быть непосредственно нарушены антиконкурентным поведением одного из хозяйствующих субъектов, так как они не находятся в составе одного правоотношения. Таким образом, необходимо признать, что всякое антимонопольное нарушение может приводить к нарушению субъективных гражданских прав только косвенно (опосредовано).

В чем именно заключается эта косвенная связь антимонопольного нарушения с нарушением субъективных гражданских прав? Каков правовой механизм возникновения имущественных потерь у хозяйствующих субъектов в результате публичного правонарушения? Каким образом может возникать умаление субъективного права собственности, по существу, составляющее основание возникновения убытков, в результате публично-правового нарушения? Представляется, что этот механизм может быть достаточно наглядно продемонстрирован на примере возникновения убытков в результате установления монополистом монопольно высокой и монопольно низкой цены на товар.

3. В соответствии с ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции ***монопольно высокой ценой товара*** признается цена, установленная хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, если эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и цену, которая сформировалась в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по составу покупателей или продавцов товара, условиям обращения товара, условиям доступа на товарный рынок, государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование, при наличии такого рынка на территории Российской Федера-

ции или за ее пределами. В формировании монопольно высокой цены решающее значение приобретают два фактора: 1) наличие в гражданском правоотношении, в котором устанавливается условие о цене, одной стороны, соответствующей признакам субъекта, занимающего доминирующее положение (ст. 5 Закона о защите конкуренции); 2) существенное отличие абсолютного размера данной цены от обычно формирующегося абсолютного размера цены на тот же товар при аналогичных условиях на аналогичном рынке при условии, что одна из сторон правоотношения не обладает признаками доминирующего положения.

Доминирующее положение контрагента существенно ограничивает свободу формирования условий договора рыночно «слабым» субъектом правоотношения. Поэтому контрагент монополиста, диктующего заведомо завышенный размер цены, вступая в правоотношение, не может не осознавать, что заключает договор на заведомо невыгодных для себя условиях. Говорить в данном случае, что субъективное право контрагента монополиста не нарушено, невозможно, ибо оно фактически нарушается в момент заключения договора, условия которого формируются при ограничении свободы выбора «слабой» стороны правоотношения, ибо этот выбор определен ограниченной конкуренцией на данном товарном рынке. Причиной вступления «слабой» стороны в подобную сделку является фактическое ограничение конкуренции на рынке данного товара, определяющее отсутствие у «слабого» контрагента свободы формирования условия о цене. Поэтому контрагент монополиста терпит дополнительные расходы в соотношении с теми расходами, которые он мог бы понести, если бы данный договор заключался в условиях неограниченной или свободной конкуренции.

Именно здесь, в момент заключения договора с условием о монопольно высокой цене, и происходит гражданское правонарушение. Именно в этот момент и «умаляются» имущественные права «слабой» стороны правоотношения. Именно здесь она и терпит убытки, поскольку монополист вынуждает контрагента нести повышенные расходы в связи с установлением монопольно завышенной цены.

Таким образом, налицо одновременное наличие сразу двух правонарушений: 1) *антимонопольного нарушения*, которое заключается в совершении субъектом, занимающим доминирующее положение, действий по злоупотреблению этим положением, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и/или ущемление интересов контрагентов путем установления в договоре монопольно высокой цены, предусмотренное п. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции; 2) *гражданского правонарушения*, которое фактически заключается в совершении недобросовестного действия по злоупотреблению правом на заключение договора на условиях, заведомо невыгодных контрагенту, что должно с точки зрения гражданского законодательства квалифицироваться как использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции и злоупотребление доминирующим положением на рынке (п. 1 ст. 10 ГК РФ), повлекшее нарушение имущественных прав контрагента, на основании чего в соответствии с п. 4 ст. 10 ГК РФ пострадавший вправе требовать возмещения убытков, причиненных данным нарушением гражданских прав.

Представляется, что в случае с монопольно высокой ценой имеется и третий состав правонарушения, основанием которого является *незаконное извлечение дохода монополистом* в результате злоупотребления своим доминирующим положением. Принцип справедливости требует лишить его этого дохода на том основании, что он им был получен на противоправных основаниях. Именно этот принцип лежит в основе нормы о конфискации дохода, незаконно полученного в результате нарушения антимонопольного законодательства (ч. 3 ст. 51 Закона о защите конкуренции).

Государство, осуществляя деятельность по защите конкуренции, признает действия субъекта, занимающего доминирующее положение, монополистической деятельностью и привлекает его к административной ответственности на основании ст. 14.31 и ст. 14.31.1 КоАП РФ. Однако одно и то же действие — заключение договора с монопольно высокой ценой — должно квали-

фицироваться в качестве «двойного» правонарушения: с одной стороны — это нарушение антимонопольного законодательства, а с другой стороны — это нарушение субъективных гражданских прав в виде умаления имущественных прав потерпевшего, то есть возникновения гражданско-правовых убытков. Таким образом, государство, признавая факт нарушения антимонопольного законодательства, презюмирует, что данное правонарушение имело место не только в конкурентном (административном) правоотношении, но также может иметь место и в гражданском правоотношении (ч. 3 ст. 37 Закона о защите конкуренции).

Факт нарушения антимонопольного законодательства в виде действия по злоупотреблению доминирующим положением (ст. 10 Закона о защите конкуренции) тождествен по своему внутреннему содержанию с недобросовестным действием по заключению договора с монопольно высокой ценой, результатом которого является факт возникновения убытков. Поэтому действие по злоупотреблению доминирующим положением является основанием для возникновения одновременно двух охранительных правоотношений: 1) административного правоотношения за осуществление монополистической деятельности по злоупотреблению доминирующим положением путем установления и поддержания монопольно высокой цены и 2) гражданского правоотношения в связи с нарушением имущественных прав потерпевшего в результате злоупотребления гражданскими правами субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке (п. 1 и 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции). Таким образом, «двойное» правонарушение предполагает и возможность применения «двойной» ответственности, которая осуществляется в различных охранительных отношениях.

4. Несколько иначе выглядит ситуация ***с монопольно низкой (демпинговой) ценой***, имеющей практически те же критерии, что и монопольно высокая цена, но отличающейся занижением, а не завышением уровня цены (ч. 1 ст. 7 Закона о защите конкуренции). Главным отличием монопольно низкой цены от монопольно высокой является не относительный размер цены в ее соотношении со среднерыночной в аналогичных условиях и на

аналогичном рынке, но при отсутствии субъекта, занимающего доминирующее положение, а субъектная направленность монополистического деяния. При монопольно низкой цене мишенью монополистической деятельности монополиста являются не его *контрагенты, а его прямые конкуренты* на конкретном рынке товара.

Правовой механизм формирования гражданского правонарушения в случае монопольно низкой цены близок к установлению монопольно высокой цены с тем лишь отличием, что если состав убытков, возникающих у потерпевшего при монопольно высокой цене, складывается из *дополнительных расходов* контрагента монополиста, то при монопольно низкой цене в составе убытков превалирует *упущенная выгода* прямых конкурентов субъекта, занимающего доминирующее положение. Упущенная выгода возникает в результате сокращения доли присутствия конкурентов на рынке, снижения рентабельности их производства или рыночной деятельности, ограничения количества совершаемых сделок по сравнению с тем, каким бы мог быть объем этих показателей в случае, если бы конкурентом потерпевших лиц не был бы субъект, злоупотребивший своим доминирующим положением. Вместе с тем в случае установления монопольно низкой цены убытки также могут складываться не только из упущенной выгоды, но и из дополнительных расходов потерпевшего, которые могут формироваться за счет перепрофилирования бизнеса, затрат дополнительных средств на технологическое перевооружение производства в целях снижения себестоимости и повышения качества конкурирующего с монополистом товара.

5. Очевидно, что антимонопольное нарушение — это нарушение в публичном правоотношении, в котором каждому свободному предпринимателю противостоит единственный публично-правовой субъект в лице антимонопольного органа. Согласно существующей в юридической доктрине парадигме возмещение убытков осуществляется в специальном автономном ***охранительном правоотношении*** обязательственного содержания, основанием которого является факт нарушения субъ-

ективного права потерпевшего[642]. Таким образом, постановка вопроса о том, что убытки могут возмещаться в ином правоотношении (не в частноправовом в целом или не в обязательственном в частности) сама по себе является некорректной. Вопрос о возмещении убытков всегда связан с наличием обязательственного отношения между нарушителем права и потерпевшим. И здесь не играют роли ни сам процесс доказывания наличия умаления имущественного права, ни факт причинения убытков, ни причинно-следственная связь их возникновения с поведением причинителя убытков, ни обоснование их количественного размера.

Не вдаваясь в рамках данной части исследования в более глубокое изучение юридической сущности факта гражданского правонарушения, можно ограничиться лишь указанием на то, что в возмещении убытков существуют два основных элемента: 1) *собственно поведение лица*, послужившее причиной (*основанием*) умаления имущественного права потерпевшего; и 2) само *правовое последствие* в виде умаления этого имущественного права. К сожалению, отечественная юридическая доктрина до настоящего времени рассматривает содержание гражданского правонарушения, исходя из доктрины правонарушения, тщательно разработанной уголовным правом на примере состава преступления. Недостаток такого подхода сразу же проявляется тогда, когда возникает вопрос об исчислении размера убытков, то есть при применении института, совершенно не характерного для уголовного права.

[642] Об основаниях охранительных правоотношений см.: *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. В 2 т. Т. I. Свердловск, 1972. С. 387; Он же. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 74; *Кархалев Д.Н.* Охранительное гражданское правоотношение. М.: Статут, 2009. С. 134–142; *Крашенинников Е.А.* Право на защиту // Методологические вопросы теории правоотношений. Изд-во Яросл. ун-та, 1986. С. 6–7; *Стоякин Г.Я.* Меры защиты в советском гражданском праве: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Свердловск, 1973. С. 18; *Хохлов В.А.* Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. Тольятти, 1997. С. 49; *Явич Л.С.* Общая теория права. Л., 1976. С. 219; *Яковлев В.Ф.* Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М.: РИЦ ИСПИ РАН С. 84.

Именно на этой стадии выясняется, что в гражданско-правовых отношениях при возникновении убытков (так же, как и при причинении вреда иного содержания, а не только имуществу) необходимо *отграничивать неправомерное поведение причинителя убытков от тех правовых последствий*, которые вызвало это неправомерное поведение в имущественной сфере потерпевшего. В гражданско-правовых отношениях юридический состав неправомерного деяния, который по своей внутренней структуре может полностью соответствовать юридическому составу сделки с тем лишь отличием, что в нем присутствует признак неправомерности (или в более жестких вариантах — противоправности), должен точно отграничиваться от тех правовых последствий, в том числе и имущественного содержания, которые вызвало это неправомерное поведение.

Аналогичный подход как раз и используется антимонопольным законодательством, которое устанавливает различные правовые режимы для различных видов антиконкурентного поведения в зависимости от тех экономических (рыночных) последствий, к возникновению которых приводит неправомерное поведение нарушителя антимонопольного законодательства. На признаке наличия и содержания правовых последствий строится вся классификация монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции. Этот же признак является основополагающим для формирования режимов правового регулирования безусловных (*per se*) и условных антимонопольных запретов. И это совершенно не случайное совпадение. Оно связано с тем, что антимонопольное законодательство представляет собой межотраслевой институт законодательства, базирующийся не только на административно-публичных, но и на частноправовых началах.

6. В соответствии с вышесказанным как в гражданско-правовых спорах в целом, так и в делах по возмещению убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства в частности, ***необходимо точно отграничивать момент возникновения факта неправомерного поведения, нарушающего право, от момента возникновения факта экономических последствий это-***

го поведения. В антимонопольных делах момент неправомерного поведения может не совпадать с моментом возникновения неблагоприятных имущественных последствий.

В вышеприведенном примере с монопольно высокой ценой убытки контрагента монополиста возникают в момент исполнения условия по уплате монопольно высокой цены. Однако в соответствии с ч. 3 ст. 37 ГК РФ этот договор с условием о монопольно высокой цене приобретает характер неправомерного поведения лишь с момента признания судом поведения монополиста по навязыванию (или установлению) завышенной цены в качестве монополистической деятельности. Именно с этого момента у контрагента монополиста появляется право требования возмещения убытков, связанных с осуществлением им дополнительных расходов в сравнении с теми расходами, которые он бы произвел, если бы сделка заключалась не в условиях ограничения конкуренции. Таким образом, в случае возникновения убытков в результате установления монополистом монопольно высокой цены гражданско-правовое охранительное обязательство по возмещению убытков возникает в момент осуществления монополистической деятельности, выразившейся в совершении сделки, содержащей условие о монопольно высокой цене. Однако потерпевший, даже осознавая наличие факта нарушения антимонопольного законодательства, еще не может реализовать право на возмещение убытков, возникших у него в результате совершенной сделки. Но у него имеется право обратиться в правоприменительные органы с требованием о восстановлении своего нарушенного права и возмещении убытков. Право на возмещение убытков может быть реализовано потерпевшим лишь с момента принятия решения антимонопольным органом или судебной инстанцией о признании действия монополиста в качестве разновидности монополистической деятельности.

7. Установление монопольно высокой цены формирует правонарушение, в котором превалируют *прямые убытки*. Установление монопольно низкой цены, напротив, приводит к возникновению *косвенных убытков*, поскольку в этом случае убытки

возникают не у прямых и/или косвенных контрагентов монополиста, а у его прямых конкурентов. Для косвенных убытков, возникающих в результате нарушения антимонопольного законодательства, характерно то, что их возникновение практически всегда по времени отсрочено от момента совершения антиконкурентного поведения. Именно в этих случаях весьма сложно определить размер убытков, возникающих у конкурентов монополиста, поскольку доказать их прямую связь даже с установленным судом фактом нарушения антимонопольного законодательства в некоторых случаях довольно сложно.

Ситуация еще больше осложняется, если антимонопольное нарушение заключается в *отказе от заключения договора* (например, при установлении условий об ограничении продаж в дистрибьюторских соглашениях или в договорах агентирования и коммерческой концессии) или *в установлении барьеров входа на рынок*, особенно в случаях, когда законодательно созданы условия для «ограничения допуска к профессии» как это имеет место в случаях обязательного саморегулирования в некоторых сферах предпринимательской или профессиональной деятельности. Как может, например, строительная организация доказать точный размер упущенной выгоды в связи с невозможностью осуществления предпринимательской деятельности вследствие отказа саморегулируемой организации включить ее в свои члены? Однако в данном случае факт наличия упущенной выгоды совершенно очевиден, так как, не осуществляя предпринимательскую деятельность, строительная организация теряет возможность законного извлечения прибыли.

Именно для этих целей в антимонопольном законодательстве и необходима норма о «выплате компенсации вместо возмещения убытков». Сложность реализации ***возмещения убытков в связи с нарушением антимонопольного законодательства*** как способа защиты гражданских прав заключается в том, что ***основаниями*** для его применения могут служить не только содержание *обязательственных отношений* (как в случае с монопольно высокой ценой), которые законом презюмируется возмездными, то есть подлежащими точному денежному исчислению (за ис-

ключением отдельных безвозмездных обязательственных конструкций, которые, как правило, не используются в рыночном обороте или даже запрещены к применению, как, например, дарение между коммерческими организациями), но также *нарушения имущественных прав* (неосновательное обогащение — гл. 60 ГК РФ), *прав, по правовому режиму приближенных к имущественным правам* (нарушения исключительных прав — ст. 1252 ГК РФ), *причинение вреда личности* (недобросовестная конкуренция) и имуществу (к которому может привести установление конкурентом демпинговых цен на скоропортящуюся продукцию), а также *нанесение морального и репутационного вреда* (например, действиями по недобросовестной конкуренции).

Ни у кого не вызовет сомнения, что имеются неблагоприятные имущественные последствия, например, от недобросовестной рекламы, причиняющей репутационный вред конкуренту. Нарушены ли в этом случае его права? Пункт 9 ст. 152 ГК РФ предполагает право гражданина, в отношении которого распространены сведения, порочащие его честь, достоинство или деловую репутацию, наряду с опровержением таких сведений или опубликованием своего ответа требовать возмещения убытков и компенсации морального вреда, причиненных распространением таких сведений. Пункт 11 той же статьи позволяет применять правила о защите деловой репутации гражданина, за исключением положений о компенсации морального вреда, к защите деловой репутации юридического лица. Таким образом, *репутационный вред*, нанесенный конкуренту юридического лица, может быть компенсирован в порядке возмещения убытков. Размер возмещения убытков в данном случае определить проблематично в связи с тем, что деловая репутация представляет собой разновидность нематериального блага и определение ее материального эквивалента в любом случае имеет оценочный характер. Именно по этой причине закон предписывает возмещение убытков в данных случаях только в судебном порядке. Оценка вреда, нанесенного деловой репутации, является сугубо компетенцией суда именно в силу ее оценочного характера.

Нарушаются ли в данном случае гражданские права потерпевшего? Очевидно, что нарушаются. Что является основанием их нарушения? Очевидно, что недобросовестная конкуренция в виде дискредитации конкурента, введение в заблуждение потребителей о свойствах товаров, производимых конкурентом, некорректное сравнение его товаров с собственной продукцией нарушителя, использование деловой репутации конкурента могут в результате нанести вред деловой репутации и повлечь материальные убытки в связи со снижением эффективности его экономической деятельности.

Говорить о том, что отсутствие прямых законных способов определения размеров понесенных убытков в данном случае и установление судом размера компенсации по своему усмотрению на основании п. 11 ст. 152 ГК РФ служит «правовой основой для шельмования или беспредела, возведенного в закон»[643], значит не только неуважительно относиться суду как к ветви власти, но и посягать на сами устои правового государства. Ведь со времен царя Соломона суд был необходимым элементом государственной власти, позволявшим разрешать именно те коллизии, которые выходят за рамки, регламентированные законом.

Таким образом, отсутствие возможности обоснования размера понесенных убытков еще не означает их фактическое отсутствие. Наличие убытков может быть со всей очевидностью доказано потерпевшим, так же как может быть доказана и причинно-следственная связь этих убытков с совершением антиконкурентных действий. Именно на восстановление правового положения потерпевшего, нарушенного в результате нарушения антимонопольного законодательства, и направлена предлагаемая ФАС России норма ч. 4 ст. 37 Закона о защите конкуренции. Отсутствие возможности обоснования потерпевшим размера понесенных им экономических убытков в силу специфики состава антимонопольного нарушения не должно становится препятствием для возможности легального восстановления его нарушенных гражданских прав.

643 *Белов В.А.* Указ. соч. С. 35.

Еще раз повторим: в оценке гражданско-правовых последствий, возникающих при нарушении антимонопольного законодательства, необходимо использовать подход, в соответствии с которым необходимо отграничивать факт неправомерного поведения нарушителя от тех правовых последствий, которые могут возникнуть или фактически возникают в результате нарушения антимонопольных требований. Одно и то же действие (например, установление монопольно низкой цены в договоре) является основанием возникновения одновременно двух охранительных отношений: *публичного*, возникающего как реакция на ограничение или недопущение конкуренции, и *частноправового*, возникающего в результате выявления неблагоприятных имущественных последствий (умаления имущественного права, существовавшего до нарушения (реальный ущерб) или отсутствия его возникновения в сравнении возможностью его образования в отсутствие ограничения конкуренции (упущенная выгода)). В соответствии с этим и ответственность должна иметь «двойной» характер.

Предлагавшаяся ФАС России компенсация как способ защиты имущественных прав лиц, нарушенных в результате антиконкурентного поведения их прямых и/или косвенных контрагентов или конкурентов, имеет не публичный, а сугубо частноправовой характер. Именно по этой причине она не имеет карательного (штрафного) содержания.

8. Современная правовая модель расчета убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, нашла отражение в позиции Президиума ФАС России[644] (далее — Разъяснение), основывающейся на европейской методике оценки убытков, включенной в Practical guide “Quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the treaty on the functioning of the EU”[645] и нашедшей широкое практическое применение в судах стран — членов ЕС.

---

[644] Разъяснение Президиума ФАС России от 11.10.2017 № 11 «По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства» // СПС «КонсультантПлюс».

[645] URL: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf

Антимонопольный орган, основываясь на принципе полного возмещения убытков, в соответствии с которым пострадавшее лицо вправе использовать любые способы защиты своих имущественных прав, которые предусмотрены ст. 12 ГК РФ, исходит из того, что защита прав лиц, пострадавших вследствие нарушения антимонопольного законодательства, осуществляется по общим правилам гражданского права. Часть 3 ст. 37 Закона о защите конкуренции[646] прямо устанавливает, что лица, права и интересы которых нарушены в результате нарушения антимонопольного законодательства, вправе обратиться в установленном порядке в суд, арбитражный суд с исками, в том числе с исками о восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков, включая упущенную выгоду, возмещении вреда, причиненного имуществу.

Бремя доказывания наличия факта возникновения убытков по общему правилу возлагается на потерпевшего. В соответствии с п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25[647] по делам о возмещении убытков истец обязан доказать, что ответчик является лицом, в результате действий (бездействия) которого возник ущерб, а также факты нарушения обязательства или причинения вреда, наличие убытков (п. 2 ст. 15 ГК РФ).

В связи с тем что в качестве ответчика при нарушениях антимонопольного законодательства всегда выступает лицо, профессионально осуществляющее предпринимательскую деятельность (хозяйствующий субъект), вопрос о презумпции вины решается по аналогии с виновностью предпринимателя, регламентированной п. 3 ст. 401 ГК РФ, то есть виновность лица, нарушившего антимонопольное законодательство, презюмируется.

Вместе с этим особенность гражданско-правовых исков по возмещению убытков, причиненных нарушением антимоно-

[646] Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

[647] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

польного законодательства, заключается не только в необходимости доказывания факта наличия убытков (несмотря на презумпцию виновности хозяйствующего субъекта — нарушителя антимонопольного законодательства), но также в обязательном обосновании причинно-следственной связи между фактом нарушения антимонопольного законодательства и фактом возникновения убытков. Потерпевший должен доказать, что нарушитель совершил определенное антиконкурентное действие или не совершил требуемое от него в соответствии с антимонопольным законодательством действие (допустил бездействие), заключил соглашение или принял акт, противоречащие законодательству о защите конкуренции, результатом совершения которых явилось умаление имущественного права потерпевшего.

При этом наличие решения антимонопольного органа, подтверждающего факт совершения антиконкурентного действия, не является обязательным условием для подачи гражданско-правового иска о возмещении убытков, причиненных таким действием[648]. Однако совершенно естественно, что наличие такого решения[649] значительно усиливает правовую позицию потерпевшего в ходе судебного разбирательства, так как воспринимается судебными инстанциями в качестве важного доказательства в деле о возмещении убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства[650]. Специфика антимонопольного расследования такова, что оно может приобретать сложный и долговременный характер. При этом имущественные интересы потерпевшего (потерпевших) в силу ст. 15 ГК РФ должны быть возмещены вне зависимости от результатов антимонопольного расследования.

Вместе с тем суд должен установить не только факт наличия нарушения антимонопольного законодательства, но также и

[648] Аналог *stand-alone* — исков в европейском законодательстве.

[649] В европейской модели антимонопольного регулирования взыскание убытков на основании нарушения законодательства о защите конкуренции, подтвержденного решением антимонопольного органа, именуется follow-on-исками.

[650] См., напр.: Постановление ФАС Московского округа от 04.09.2013 по делу № А40-135137/12-131-526; Решение Арбитражного суда г. Москвы от 12.07.2010 по делу № А40-46424/10-59-378 // СПС «КонсультантПлюс».

причинно-следственную связь между этим нарушением и фактом возникновения убытков. В случае отсутствия доказанности факта нарушения антимонопольного законодательства суд может отказать и в удовлетворении гражданско-правового иска о возмещении убытков. При этом обязанность доказывания наличия факта антиконкурентного поведения возлагается на потерпевшего (истца), что в отсутствие решения антимонопольного органа существенно осложняет его задачу по доказыванию причинно-следственной связи между антиконкурентным поведением и возникшими частноправовыми убытками[651].

Антимонопольный орган в п. 1.2.1 Разъяснения предлагает правильный выход из сложившейся ситуации: потерпевший до подачи гражданско-правового иска должен подать предварительное обращение с заявлением о нарушении антимонопольного законодательства в антимонопольный орган. Такой подход полностью соответствует принципу процессуальной экономии. Представляется, что с учетом специфики работы отечественных судов и при отсутствии сформированных квалифицированных судейских составов по антимонопольным спорам вопрос о наличии или отсутствии факта нарушения антимонопольного законодательства должен решаться сугубо антимонопольным органом. А это означает, что в современных условиях российского правового поля может быть использован только аналог *follow-on*-исков, основанных на решении антимонопольного органа.

Согласно позиции Пленума ВС РФ по делам о возмещении убытков обязанность по доказыванию причастности нарушителя антимонопольного законодательства к возникновению ущерба в результате антиконкурентного действия (бездействия) также возлагается на потерпевшего[652]. При этом при установ-

[651] См.: Решение Арбитражного суда г. Москвы от 25.07.2013, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.11.2013 по делу № А40-33952/2013 / СПС «КонсультантПлюс».

[652] См.: п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

лении размера подлежащих возмещению убытков первенство отдается базовым принципам гражданского права: принципу достоверности и принципу справедливости. Высшая судебная инстанция подчеркивает, что по смыслу п. 1 ст. 15 ГК РФ в удовлетворении требования о возмещении убытков не может быть отказано только на том основании, что их точный размер невозможно установить. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению. Совершенно очевидно, что потерпевший, являясь либо менее масштабным конкурентом монополиста, либо его контрагентом, и так находясь в положении «слабой стороны», поставлен законом в еще более сложное положение: он обязан доказывать не только факт наличия нарушения антимонопольного законодательства (в случаях отсутствия соответствующего решения антимонопольного органа), но также и причастность нарушителя к возникновению убытков, а также причинно-следственное взаимодействие нарушения и возникшего на его основании неблагоприятного для потерпевшего имущественного последствия. Представляется, что в данном случае в порядке законодательного исключения можно было бы переложить бремя доказывания отсутствия причастности монополиста в возникновении убытков на его плечи, так же как и доказывание отсутствия негативной причинно-следственной связи между нарушением антимонопольного законодательства и фактом возникновения убытков.

Особенность убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, также заключается в том, что далеко не во всех случаях потерпевший и нарушитель находятся в обязательственных отношениях. В первую очередь это относится к ситуациям, когда в качестве потерпевшего выступает прямой рыночный конкурент монополиста (как, например, в случае с монопольно низкой ценой). В этих случаях на стороне конкурента возникает упущенная выгода, которая в соответствии с позицией Президиума ВС РФ по смыслу ст. 15 ГК РФ, представляет собой неполученный доход, на который увеличилась бы

имущественная масса лица, право которого нарушено, если бы нарушения не было. Поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, при разрешении споров, связанных с ее возмещением, высшая судебная инстанция рекомендует принимать во внимание, что ее расчет, представленный потерпевшим, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Но данное обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске[653].

Вместе с тем в отличие от позиции Президиума ФАС России, выраженной в п. 1.3 Разъяснения, представляется, что положения об ответственности за нарушение обязательств, в частности, п. 5 ст. 393 ГК РФ, устанавливающей, что основным началом при определении размера подлежащих возмещению убытков в результате нарушения антимонопольного законодательства является принцип «разумной степени достоверности», не могут быть применимы ни к случаям, когда в качестве потерпевшей стороны выступает контрагент нарушителя антимонопольного законодательства, ни к ситуациям, когда потерпевшей стороной является прямой конкурент монополиста.

Дело в том, что в случае, когда потерпевшей стороной является контрагент монополиста, основанием возникновения убытков служит не нарушение обязательства, а использование монополистом своих рыночных преимуществ на стадии заключения договора, то есть до момента начала его исполнения. Поэтому, строго говоря, в этих случаях способом защиты должно являться не возмещение убытков по нарушенному обязательству, а реституция по недействительной сделке (например, содержащей кабальное условие — монопольно завышенную цену).

В ситуации, когда упущенная выгода возникает на стороне конкурента монополиста, совершенно очевидно, что оба хозяйствующих субъекта не находятся между собой в обязательственном отношении, а потому и применение положений ГК

[653] См.: п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

РФ о возмещении убытков, возникших в результате нарушения исполнения обязательств, в данном случае просто невозможно. Поэтому в указанной ситуации единственным основанием для возмещения убытков является возмещение вреда и/или неосновательного обогащения, которое должно компенсироваться путем удовлетворения деликтного и/или кондиционного иска потерпевшего конкурента к монополисту, нарушившему антимонопольное законодательство.

Другая особенность антимонопольных убытков заключается в возможности покупателя, пострадавшего от установления монополистом монопольно высокой цены, переложить часть своих убытков на своих покупателей. В результате чистые убытки потерпевшего могут быть либо полностью компенсированы завышением цены со своими контрагентами, либо частично компенсированы. При этом потерпевший может предъявить иск о возмещении убытков монополисту с требованием их взыскания в полном объеме. В европейской судебной практике действует правовой механизм специальной антимонопольной защиты монополиста от взыскания причиненных убытков в большем размере, чем реально понес потерпевший в результате нарушения антимонопольного законодательства (*pass-on defense*)[654]. Такой механизм самозащиты потерпевшего носит название «перенос издержек».

Однако в данном случае при разрешении спора и определении размера убытков недостаточно сугубо формального (математического) подхода. Дело в том, что убытки, понесенные потерпевшим в результате нарушения антимонопольного законодательства, могут не компенсировать негативный рыночный эффект, который вызвало такое нарушение. В частности, повышение потерпевшим отпускной цены товара может в значительной мере снизить спрос на этот товар, что увеличит эффект упущенной выгоды. Таким образом, при разрешении споров, связанных с определением размера убытков в условиях исполь-

[654] См.: § 98, 99 решения Европейского суда справедливости от 02.10.2003 по делу Weber's Wine WorldHandels-GmbH и др. URL: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-147/01&td=ALL

зования потерпевшим механизма «переноса издержек» судебные инстанции должны в максимально более широком объеме исследовать все негативные эффекты, которые вызвало нарушение антимонопольного законодательства.

Проведенное исследование продемонстрировало необходимость использования специального подхода к определению применимых мер ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, который заключается в том, что следует отграничивать факт антимонопольного нарушения как основание применения мер административной, уголовной и гражданско-правовой ответственности от тех экономических последствий, которые вызывает это нарушение. Такой подход позволит дифференцированно отнестись к установлению юридических фактов, являющихся основаниями для возникновения охранительных правоотношений различной направленности и содержания.

За собственно факт нарушения антимонопольного законодательства к его нарушителю должны применяться меры административной и/или уголовной ответственности в зависимости от характера совершенного правонарушения (ч. 1 и 2 ст. 37 Закона о защите конкуренции).

Доходы, полученные нарушителем антимонопольного законодательства в результате монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, должны рассматриваться как экономический результат правонарушения и должны подлежать конфискации в пользу федерального бюджета (ч. 3 ст. 51 Закона о защите конкуренции). Подобное изъятие дохода, незаконно полученного в результате антиконкурентного поведения, так же как и административная ответственность, имеет выраженный штрафной, а не реституционный характер.

Экономические убытки, возникающие в результате нарушения антимонопольного законодательства у прямых и косвенных контрагентов и/или конкурентов, представляют собой разновидность умаления имущественного права потерпевших и являются предметом гражданско-правового обязательства охранительного содержания, существующего автономно от публичных правоотношений по взысканию с нарушителя штраф-

ных санкций и конфискации дохода, незаконно полученного в результате антимонопольного нарушения. В случае возможности доказать причинно-следственную связь возникновения убытков с фактом ограничения или недопущения конкуренции приоритет должен отдаваться применению ч. 3 ст. 37 Закона о защите конкуренции.

В ситуациях, когда причинно-следственная связь убытков и нарушения антимонопольного законодательства доказана, но в силу специфики характера этого нарушения и состава убытков доказать их точный размер не представляется возможным, в качестве способа защиты, альтернативного возмещению убытков (ст. 15 ГК РФ), может применяться взыскание компенсации, размер которой устанавливается судом в зависимости от характера правонарушения и особенностей состава гражданско-правовых убытков.

Отсутствие доказанности причинно-следственной связи между фактом нарушения антимонопольного законодательства и фактом возникновения убытков является основанием для отказа в принятии судом дела о возмещении убытков к рассмотрению.

Имплементация в отечественное антимонопольное законодательство института антимонопольных процедур может существенно изменить содержание правового режима взыскания денежной компенсации вместо возмещения убытков при антимонопольных нарушениях, предоставив возможность правоприменителю осуществлять восстановление нарушенных имущественных прав потерпевших из дохода, незаконно полученного в результате монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, что является вполне закономерным явлением с учетом существующего в настоящее время тренда конвергенции публичного и частного права.

Библиография:

1. *Алексеев С.С.* Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999.

2. *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. В 2 т. Т. I. Свердловск, 1972.
3. *Белов В.А.* Антимонопольная компенсация (юридические аспекты новой инициативы ФАС России) // Законодательство. № 12. 2014. С. 33–34.
4. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005.
5. *Кархалев Д.Н.* Охранительное гражданское правоотношение. М.: Статут, 2009.
6. *Крашенинников Е.А.* Право на защиту // Методологические вопросы теории правоотношений. Изд-во Яросл. ун-та, Ярославль, 1986.
7. *Стоякин Г.Я.* Меры защиты в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1973.
8. *Хохлов В.А.* Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. Тольятти, 1997.
9. *Явич Л.С.* Общая теория права. Л., 1976.
10. *Яковлев В.Ф.* Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М.: РИЦ ИСПИ РАН.

3.10. Об участии Российской Федерации в хозяйственных обществах

Аннотация. Включение в ГК РФ п. 5 ст. 49 Федеральным законом от 3 июля 2016 г. № 236-ФЗ, принятие Закона о Почте России, значительное расширение возможностей отчуждения государственного и муниципального имущества, которое осуществляется не по правилам Закона о приватизации, устаревшие способы приватизации и ограничение в приватизации юридических лиц, если в них более 25 % уставного капитала принадлежит публично-правовым образованиям, — все это ставит вопрос о подготовке нового четвертого Закона о приватизации. Автор приходит к выводу, что при подготовке соответствующего закона следует исходить, из того, что Российская Федерация, равно как и другие публично-правовые образования, не являются юридическими лицами.
Ключевые слова: государственное и муниципальное имущество, приватизация, юридические лица, публичная собственность.

Annotation. The inclusion in the civil code of paragraph 5 of article 49 of the Federal law of July 3, 2016 № 236-FZ, The law on the Russian post, a significant expansion to 21 types of alienation of state and municipal property, which is not carried out according to the rules of the law on privatization, outdated methods of privatization and restriction in the privatization of legal entities, if they have more than 25% of the authorized capital belongs to public legal entities, raises the question of preparing a new fourth law on privatization. The author comes to the conclusion that the preparation of the relevant law should be based on the assumption that the Russian Federation, as well as other public legal entities, are not legal entities.
Keywords: state and municipal property, privatization, legal entities, public property.

Участие государства в акционерных обществах и иных корпорациях — это реальность рыночной экономики и ее объективная необходимость, причем не только российской, но и

экономик развитых стран[655]. Как правильно отмечает Е.П. Губин, Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, а также муниципальные образования оказались участниками акционерных обществ, а затем и обществ с ограниченной ответственностью в силу приватизации государственного и муниципального имущества. Последняя рассматривалась как способ приобретения частной собственности[656]. Однако анализ Федерального закона от 29 июня 2018 г. № 171-ФЗ «Об особенностях реорганизации федерального государственного унитарного предприятия "Почта России", основах деятельности акционерного общества "Почта России" и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»[657] (далее — Закон о Почте России), а ранее п. 5 ст. 49 ГК РФ, включенный Федеральным законом от 3 июля 2016 г., свидетельствует о том, что на отношения, возникающие при отчуждении имущества, принадлежащего на праве хозяйственного ведения, постоянного (бессрочного) пользования, аренды федеральному государственному унитарному предприятию «Почта России» действие Федерального закона от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» (далее — Закон о приватизации) не распространяется, а значит, и не применяются положения, изложенные в п. 5 ст. 1 Закона об акционерных обществах. Учитывая, что теперь 21 вид государственного и муниципального имущества отчуждается не по правилам Закона о приватизации, а по иным федеральным законам и принятым в соответствии с ними нормативным актам, следует подготовить четвертый Закон о приватизации государственного и муниципального имущества, который учитывал бы сегодняшние реалии экономики России и, в частности, нормы ГК РФ о том, что участниками хозяйственных обществ и вклад-

[655] См.: Корпоративное право. Учебный курс / отв. ред. И.С. Шиткина. Том. 2. М., 2018. С. 269–271 (автор главы — Е.П. Губин).

[656] См.: *Андреев В.К.* Право государственной собственности в России. М., 2004. С. 131–145.

[657] Федеральный закон от 29.06.2018 № 171-ФЗ «Об особенностях реорганизации федерального государственного унитарного предприятия "Почта России"» // СЗ РФ. 2018. № 27. Ст. 3954.

чиками в товариществах на вере могут быть публично-правовые образования (ст. 125 ГК РФ), а государственные органы и органы местного самоуправления не вправе участвовать от своего имени в хозяйственных товариществах и обществах (п. 6 ст. 66 ГК РФ). В Законе о приватизации приватизация охарактеризована как возмездное отчуждение государственного и муниципального имущества в собственность физических и/или юридических лиц. К таким отношениям нормы гражданского законодательства применяются, если эти отношения не урегулированы Законом о приватизации, что не совсем точно воспроизводит абз. 2 ст. 217 ГК РФ, в соответствии с которым положения ГК РФ, регулирующие порядок приобретения и прекращения права собственности, применяются, если ГК РФ не предусмотрено иное. В настоящее время вряд ли имеется смысл сохранения названной статьи в ГК РФ.

Способы приватизации государственного и муниципального имущества, предусмотренные главой IV Закона о приватизации, представляют собой как специальные способы продажи имущества (на аукционе, специализированном аукционе, на конкурсе, посредством публичного предложения, без объявления цены, по результатам доверительного управления), так и внесение государственного и муниципального имущества, а также исключительных прав в качестве вклада в уставные капиталы акционерных обществ. Последний способ приватизации — и, надо отметить, сейчас наиболее распространенный, — представляет собой один из способов увеличения уставного капитала акционерного общества и не может быть назван обычной продажей, отчуждением имущества, что отчетливо проявилось в Законе о Почте России.

Правовой статус и деятельность этого непубличного акционерного общества, 100 % акций которого принадлежат Российской Федерации, регулируются прежде всего Законом о Почте России, ГК РФ, Законом об акционерных обществах; другие федеральные законы, касающиеся деятельности этого общества, распространяются на него в части, не противоречащей Закону о Почте России. На создаваемые этим обществом дочерние хо-

зяйственные общества, а также на их дочерние хозяйственные общества не распространяются ограничения, установленные абз. 2 п. 6 ст. 98 ГК РФ, п. 2 и 3 ст. 10 Закона об акционерных обществах (п. 3 ст. 4 Закона о Почте России). Значит, акционерное общество «Почта России» вправе создавать дочерние хозяйственные общества, которые, в свою очередь, могут создавать свои дочерние хозяйственные общества, а по решению правления общества «Почта России» — принимать решение об участии в финансово-промышленных группах, ассоциациях и иных объединениях юридических лиц, принимать решение об участии в других коммерческих организациях (п. 1, 2 ст. 14 Закона о Почте России). Тем самым могут создаваться «цепочки» взаимосвязанных хозяйственных обществ, называемых холдингами, что предусмотрено абз. 4 п. 6 ст. 66 ГК РФ. На эти соединения основного и дочерних, внучатых хозяйственных обществ можно будет распространить правила ст. 67.3 ГК РФ, если уставом акционерного общества «Почта России» не предусмотрено иное.

Необходимость разработки и принятия новой редакции Закона о приватизации вызвана тем, что особенности создания и правового положения открытых акционерных обществ, акции которых находятся в государственной и муниципальной собственности (ст. 37–41 Закона о приватизации), уже не рассматриваются как особый правовой режим в соответствии с п. 5 ст. 1 Закона об акционерных обществах, в отличие от общего порядка, установленного Законом об акционерных обществах. Более того, Федеральным законом от 3 июля 2016 г. № 236-ФЗ в ст. 49 ГК РФ включено положение, которое определяет особый статус юридических лиц, создаваемых Российской Федерацией на основе специальных законов; положения ГК РФ о юридических лицах применяются к ним постольку, поскольку иное не предусмотрено федеральным законом о соответствующем юридическом лице, о чем свидетельствует правовое положение и деятельность уже неоднократно упоминавшегося акционерного общества «Почта России».

Как уже указывалось, участие Российской Федерации и других публично-правовых образований следует определять на

основе норм глав 4 и 5 ГК РФ, специальных федеральных законов, принятых в соответствии с п. 5 ст. 49 ГК РФ. Российская Федерации и другие публично-правовые образования не являются юридическими лицами, но признаются субъектами гражданского права, к которым применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов (п. 2 ст. 124 ГК РФ)[658].

Российская Федерация и иное публично-правовое образование как собственник соответствующего массива государственного или муниципального имущества (ст. 214, 215 ГК РФ) выступает как субъект гражданского права в различных отношениях, регулируемых гражданским законодательством, осуществляя, как правильно отмечает Е.П. Губин, общественно значимые функции[659]. Публично-правовое образование становится участником корпоративных отношений, обладателем корпоративных прав и обязанностей в отношении созданного (существующего) юридического лица с момента внесения вклада государственным органом или органом местного самоуправления, которые не могут участвовать в хозяйственных обществах от своего имени. Другое дело, когда государственные и муниципальные предприятия, которые с согласия соответствующего собственника вносят в качестве вклада в уставный капитал хозяйственного общества или без его согласия движимое имущество, однако в пределах, не лишающих его возможности осуществлять деятельность, цели, предмет, виды которой определены уставом такого предприятия (п. 2, 3 ст. 18 Закона о государственных и муниципальных унитарных предприятиях).

Таким образом, ГК РФ и Закон о государственных и муниципальных унитарных предприятиях в его развитие устанавливают различный правовой режим внесения имущественных вкладов в хозяйственное общество и распоряжение им в зависи-

658 См.: Корпоративное право. Учебный курс. Т. 2. С. 276.
659 См.: Корпоративное право. Учебный курс. Т. 2. С. 272.

мости от того, находится ли оно в управлении государственными и муниципальными органами или передано в хозяйственное ведение унитарным предприятиям или оперативное управление учреждениям. Сопоставляя абз. 2 п. 5 и абз. 1 п. 6 ст. 66, следует прийти к выводу, что поскольку Российская Федерация и иные публично-правовые образования не являются юридическими лицами, постольку они выступают в качестве участников хозяйственных обществ номинально; фактически приобретают и осуществляют корпоративные права и исполняют корпоративные обязанности соответствующие государственные органы и органы местного самоуправления (их представители), а также государственные или муниципальные предприятия. Российская Федерация и другие публично-правовые образования, равно как и унитарные предприятия участвуют не в корпоративных правоотношениях, а являются участниками соответствующих хозяйственных обществ в порядке, описанном выше. Они не могут быть стороной корпоративного договора, поскольку они не являются юридическими лицами. Обозначение в п. 2 ст. 124 ГК РФ Российской Федерации и иных публично-правовых образований субъектами гражданского права вызвано необходимостью включения в качестве субъектов в гражданский оборот многочисленных объектов имущества и иных гражданских прав, поскольку само публично-правовое образование многолико, выражается в множестве государственных юридических лиц, унитарных предприятиях, учреждениях, государственных корпорациях и компаниях, а также в долях и акциях хозяйственных обществ.

Структурно сложное строение Российской Федерации, равно как и других публично-правовых образований как субъектов гражданского права, которые, в свою очередь, состоят из видов казны, средств соответствующего бюджета, а также имущества, не закрепленного за государственными и муниципальными предприятиями и учреждениями и имуществом последних, на базе которого образуются и функционируют государственные и муниципальные органы власти, предприятия и учреждения, подчеркивает специфику участия государства в экономической

жизни. Участие публично-правовых образований и созданных ими юридических лиц в хозяйственных обществах неизбежно приводит к диссонансу выражаемых ими государственных интересов с потребностями обычных участников хозяйственного общества, граждан и юридических лиц. Неслучайно специальное право государства («золотая акция») напрямую «парализует» права участников общества в целях обеспечения обороноспособности страны и безопасности государства, защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан Российской Федерации.

По мере укрепления рыночных начал в экономике России необходимо дальнейшее укрепление конституционного принципа защиты равным образом частной, государственной и муниципальной форм собственности. Этому не способствует ст. 40 Закона о приватизации, которая предусматривает, что в открытых акционерных обществах, созданных в процессе приватизации, если количество акций, предоставляющих более 25 % голосов на общем собрании, находится в государственной или муниципальной собственности, увеличение уставного капитала должно происходить с сохранением соответствующей доли государства или муниципального образования. Эта норма консервирует наличие доли публично-правовых образований в частной собственности хозяйственного общества и не способствует развитию корпоративного управления. Подобное решение будет свидетельствовать, что приватизация государственного и муниципального имущества в основном закончилась, и нет резона сохранять нормы, которые препятствуют развитию частной собственности.

Представляется, что нет оснований утверждать, что, вступая в хозяйственное общество, унитарное предприятие преследует публичные интересы. Для участника хозяйственного общества, в том числе и для того, в котором в качестве участника выступает унитарное предприятие, важны цели его деятельности. Не случайно, что Российская Федерация, субъект Российской Федерации, муниципальное образование не признается контролирующим лицом в сделке с заинтересованностью (абз. 7 п. 1 ст. 81

Закона об акционерных обществах, абз. 7 п. 1 ст. 45 Закона об обществах с ограниченной ответственностью).

В связи с изложенным вызывает сомнение характеристика И.С. Шиткиной сделки с заинтересованностью как любой гражданско-правовой сделки, если в формировании воли хозяйственного общества на ее совершение участвуют лица, в отношении которых установлена презумпция конфликта интересов[660]. Подобное понимание противоречит основным началам гражданского законодательства о том, что при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно, а их добросовестность и разумность предполагается (п. 3 ст. 1, п. 5 ст. 10 ГК РФ).

Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 июня 2018 г. № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность» разъяснило положение, что применительно к признанию недействительной сделки с заинтересованностью такой сделкой уже причинен ущерб юридическому лицу. Речь не идет о предполагаемом конфликте интересов, равно как нельзя говорить о конфликте интересов при единогласном голосовании в совете директоров общества.

Включение Федеральным законом от 3 августа 2018 г. № 315-ФЗ в Трудовой кодекс Российской Федерации нормы о том, что представителям работников организации, юридического лица предоставлено право на участие в заседаниях коллегиальных органов с правом совещательного голоса[661], не только законодательно подтвердило, что юридическое лицо — это организация, реально существующая в социально-экономической жизни общества, а не фикция, не искусственный субъект права, а это коллектив работников, деятельность которого управляется ор-

[660] См.: Корпоративное право. Учебный курс. Т. 2. С. 491.

[661] Федеральный закон от 03.08.2018 № 315-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в целях обеспечения участия представителей работников в заседаниях коллегиального органа управления организации» // СЗ РФ. 2018. № 32. Ст. 5109.

ганами, обозначенными применительно к корпорации в ст. 65.3 ГК РФ. Данное законодательное понимание хозяйственного общества позволяет подготовить проект закона, предусматривающего включение лиц, выполняющих организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в хозяйственных обществах, долями в уставном капитале которых прямо или косвенно (через одно или несколько юридических лиц) владеет Российская Федерация или субъект Российской Федерации, в перечень должностных лиц, предусмотренный примечаниями к ст. 285 УК РФ. Подготовка такого закона предусмотрена в п. 37 Национального плана противодействия коррупции на 2018–2020 годы, утвержденного Указом Президента РФ от 29 июня 2018 г. № 378[662]. В частности, в дочернем хозяйственном обществе, созданном акционерным обществом «Почта России», если доля последнего превышает 50 % уставного капитала, генеральный директор общества «Почта России» может установить перечень работников общества, должностных лиц, совершающих административно-хозяйственные функции, которые подпадают под действия ст. 285 УК РФ, если подобный закон будет принят.

Библиография:

1. *Андреев В.К.* Право государственной собственности в России. М., 2004. С. 131–145.
2. Корпоративное право. Учебный курс. Ответственный редактор И.С. Шиткина. Том. 2. М., 2018.

[662] Указ Президента РФ от 29.06.2018 № 378 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2018–2020 годы» // СЗ РФ. 2018. № 27. Ст. 4038.

3.11. Правовое обеспечение государственной конкурентной политики в Российской Федерации

Аннотация. Статья посвящена научному исследованию понятия «конкуренция» в нормативных актах государственной конкурентной политики, пониманию конкуренции как общественного блага, субъективных и объективных сторон конкуренции.
Ключевые слова: конкуренция, государственная конкурентная политика, поддержка конкуренции, развитие конкуренции, защита конкуренции, Национальный план.

Annotation. The article is devoted to the scientific study of the concept of "competition" in the regulatory acts of the state competition policy, the understanding of competition as a public good, the subjective and objective aspects of competition
Keywords: competition, state competition policy, competition support, competition development, competition protection, national plan.

Государственная конкурентная политика является неотъемлемой частью экономической политики государства и понимается как последовательная система мер, направленных на создание, развитие, поддержание и защиту добросовестной и равной конкуренции на рынках.

В литературе и ряде нормативных актов нет единообразия по вопросу использования термина «конкурентная политика». Так, в ряде случаев она отождествляется или смешивается с антимонопольной политикой[663].

В нормативных актах Евразийского экономического союза используется термин «конкурентная (антимонопольная) политика». Так, согласно п. 4 ст. 74 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2017 г. государства-члены проводят

[663] См.: *Писенко К.А.* Понятие государственной антимонопольной политики в контексте проблематики административно-правового обеспечения баланса интересов // Конкурентное право. 2018. № 1. С. 16–20.

согласованную конкурентную (антимонопольную) политику в отношении действий хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) третьих стран, если такие действия могут оказать негативное влияние на состояние конкуренции на товарных рынках государств-членов.

Государственная конкурентная политика включает меры антимонопольной политики, но не должна сводиться или ограничиваться лишь антимонопольной политикой. Меры государственной конкурентной политики достаточно разнообразны и подразделяются на стимулирующие меры (меры по созданию и развитию конкуренции), ограничительные меры и меры по защите конкуренции[664].

Следует отметить, что в целом вопрос о государственной конкурентной политике и ее мерах связан с более общей проблематикой о пределах вмешательства государства в экономику и регулирование рынка, в отношении которой высказывались разные позиции. Дискуссию по данному вопросу вряд ли можно считать завершенной. По мнению А. Маршалла, за вмешательством государства в экономику скрывается возможность привилегированного класса производителей воспрепятствовать попыткам способного человека подняться выше по общественной лестнице[665]. Сторонники этой точки зрения полагают, что хозяйство, основанное на конкуренции, способно к саморегулированию, и отрицательно относятся к вмешательству государства в отношения конкуренции, полагая, что в этом основная причина монополизации экономики. Данная позиция основана на абсолютизации положительных свойств конкуренции и соответствовала условиям периода промышленного капитализма стран Западной Европы и США середины XIX века, когда влияние монополий на рыночные процессы было незначительным, в силу чего не было необходимости вмешательства государства.

---

[664] См.: *Якунин В.И., Сулакшин С.С., Фонарева Н.Е., Тотьев К.Ю. и др.* Государственная конкурентная политика и стимулирование конкуренции в Российской Федерации. Монография в 2 томах. Т. 1. М.: Научный эксперт, 2008. С. 15.

[665] См.: *Маршал А.* Принципы экономической теории. М., 1993. Т. 1.С. 63.

Противоположной позиции придерживаются П. Самуэльсон, В. Ойкен, Дж. Гэлбрейт, обосновывая необходимость регулирования государством конкурентных отношений тем, что в период научно-технического прогресса рыночное хозяйство не способно к саморегулированию, усиление экономического господства монополий приводит к нарушению прав предпринимателей, потребителей, к дестабилизации экономики в целом. В связи с этим возникает необходимость определения пределов вмешательства государства в отношения конкуренции[666].

По мнению А.Р. Кабисова, если государство пытается сделать больше, чем ему отмерено рыночной экономикой, не поддерживает равновесие рыночных процессов с целью установления добросовестного соперничества, а напротив, нарушает это равновесие, то какими бы благими намерениями оно не руководствовалось, будет перевес или в сторону монополизма, или в сторону рыночной анархии[667].

Государство должно в строго определенном объеме регулировать конкурентные отношения и создавать необходимые условия для их поддержания, развития и оздоровления, принимая на себя «функции, с которыми конкурентный механизм не справляется или справляется плохо»[668]. Как полагает Дж. Гэлбрейт, функция государства — осуществлять посредническую цель, — обуздывать тех, кто силен, и содействовать тем, кто слаб[669].

Государство, обеспечивая необходимое регулирование «правил игры» на рынке, должно поддерживать такую конкуренцию, которая соответствовала бы достижению общественных (социальных) целей, научно-техническому прогрессу, балансу интересов предпринимателей и потребителей, а не «варварскую борьбу всех против всех» по так называемым «законам джунглей» с целью скорейшего получения прибыли. Таким образом,

[666] См.: Соревнование и конкуренция / под ред. И.И. Чангли, Г.К. Смолькова и др. М., 1983. С. 182.

[667] См.: *Кабисов А.Р.* Соотношение конкуренции и монополии в период перехода к рыночной экономике: дис. … канд. экон. наук. М., 1994. С. 100.

[668] См.: *Самуэльсон П.* Экономика. Вводный курс. М., 1964. С. 670.

[669] См.: *Гэлбрейт Дж.* Экономические теории и цели общества. М., 1976. С. 67.

государство должно обеспечивать поддержку именно добросовестной конкуренции между субъектами предпринимательства, установив необходимые ограничения (пределы) свободы осуществления ими конкурентных действий за получение прибыли.

Важную роль в формировании государственной конкурентной политики играет создание юридических условий существования и развития конкурентных отношений, создание государством норм и институтов права, базирующихся на следующих основных принципах: свободном развитии предпринимательства, формальном равенстве участников имущественных отношений, всемерной охране частной собственности, свободе договора, обеспечении защиты нарушенных прав, в признании за субъектами предпринимательства возможности осуществлять конкурентные действия (право на конкуренцию) и иных способов государственной поддержки конкуренции. На этих принципах основана система гражданского и предпринимательского права.

В Российской Федерации данные принципы нашли свое законодательное закрепление в положениях целого ряда законодательных актов. Особое место среди них занимает Конституция РФ. В частности, п. 1 ст. 8 Конституции РФ устанавливает гарантированность единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, поддержку конкуренции и свободу экономической деятельности. Для создания и развития предпринимательства и конкуренции признаются и защищаются равным образом государственная, муниципальная и частная формы собственности (п. 2 ст. 8, п. 1 ст. 35 Конституции). На создание и функционирование конкурентной среды направлены также другие нормы Конституции РФ, в особенности устанавливающие право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской деятельности (п. 1 ст. 34), а также защиту прав собственника (п. 4 ст. 35).

Конституционные принципы существования конкуренции получили свое развитие в ст. 1 Гражданского кодекса РФ (основ-

ные начала гражданского законодательства) и других традиционных нормах и институтах гражданского права. В частности, принципы свободного развития предпринимательства, равноправия хозяйствующих субъектов, охраны частной собственности находят свое развитие в положениях ГК, устанавливающих порядок организации и деятельности субъектов предпринимательства, о праве собственности, обязательствах и т. д. Принцип свободы договора, установленный в ст. 421 ГК, реализуется в других нормах кодекса (о сделках и договорах, их исключении и ответственности за нарушение их условий и т. д.).

Чтобы соперничество было успешным, хозяйствующие субъекты должны быть свободны в методах и средствах экономического состязания. С другой стороны, такое состязание возможно лишь при условии, если государство обеспечивает за каждым из них произведенные ими продукты и приобретенные товары. И хотя в настоящее время частная собственность и свобода договора подвергаются некоторым ограничениям, необходимым для нормального функционирования экономики, они все же являются базовыми принципами, на которых основана конкуренция.

В рыночной экономике меры государства по развитию и поддержанию конкурентной среды играют важнейшую роль. Неслучайно активное содействие развитию конкуренции в Российской Федерации объявлено приоритетным направлением деятельности государства на всех уровнях: от высших органов законодательной и исполнительной власти до законодательных (представительных) и исполнительных органов власти субъектов РФ, а также органов местного самоуправления.

Из числа важнейших нормативных актов, направленных на обеспечение государственной политики по развитию конкуренции, следует выделить следующие:

Указ Президента РФ от 21 декабря 2017 г. № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции», в соответствии с которым был утвержден Национальный план развития конкуренции в Российской Федерации на 2018–2020 годы[670];

[670] СЗ РФ. 2017. № 52 (Часть I). Ст. 8111.

Распоряжение Правительства РФ от 16 августа 2018 г. № 1697-р «Об утверждении плана мероприятий ("дорожной карты") по развитию конкуренции в отраслях экономики Российской Федерации и переходу отдельных сфер естественных монополий из состояния естественной монополии в состояние конкурентного рынка на 2018–2020 годы»[671].

При формировании и проведении государственной конкурентной политики важно определить ее цели и, соответственно, цели законодательства в данной области.

Как отмечает А.Г. Сушкевич, «пожалуй, только праву конкуренции США свойственна полная концентрация на достижении единственной цели — свобода конкуренции и противодействие созданию монополий. В иных национальных системах права защита конкуренции, как правило, не является единственным и наивысшим приоритетом». В этой связи автор упоминает о двоякой природе такого явления, как конкуренция: «конкуренции в качестве цели» и «конкуренции в качестве средства»[672]. Также в науке обращается внимание, что в европейском праве даже появилось выражение «конкуренция как способ» (concurrence-moyen)[673].

По мнению В.Г. Истомина, конкуренция скорее выступает средством достижения более важных целей — развития предпринимательской деятельности, экономики в целом, защиты прав и интересов предпринимателей и потребителей, достижения баланса частных и публичных интересов[674].

В пункте 2 Указа Президента РФ от 21 декабря 2017 г. № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» определены цели совершенствования

---

671 СЗ РФ. 2018. № 36. Ст. 5655 (действует в ред. от 20.11.2018).

672 *Сушкевич А.Г.* Исследование товарного рынка и формальное применение запретов как элементы российского антимонопольного законодательства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 2. С. 11–17.

673 См.: Конкурентное право России: Учебник / отв. ред. И.Ю. Артемьев, С.А. Пузыревский, А.Г. Сушкевич. М., 2014. С. 24

674 См.: *Истомин В.Г.* К вопросу об основных направлениях правового регулирования конкуренции и месте конкурентного права в российской правовой системе // Конкурентное право. 2015. № 4. С. 9–14.

государственной политики по развитию конкуренции, а именно:

а) повышение удовлетворенности потребителей за счет расширения ассортимента товаров, работ, услуг, повышения их качества и снижения цен;

б) повышение экономической эффективности и конкурентоспособности хозяйствующих субъектов, в том числе за счет обеспечения равного доступа к товарам и услугам субъектов естественных монополий и государственным услугам, необходимым для ведения предпринимательской деятельности, стимулирования инновационной активности хозяйствующих субъектов, повышения доли наукоемких товаров и услуг в структуре производства, развития рынков высокотехнологичной продукции;

в) стабильный рост и развитие многоукладной экономики, развитие технологий, снижение издержек в масштабе национальной экономики, снижение социальной напряженности в обществе, обеспечение национальной безопасности.

Определяя понятие конкуренции, многие авторы указывают на особый объект соперничества — потребительский спрос. Так, А.Ю. Юданов полагает, что конкуренция — это борьба фирм за ограниченный объем платежеспособного спроса потребителей, ведущаяся ими на доступных сегментах рынка[675]. Цель состязания субъектов предпринимательства в конечном счете достигается лишь в том случае, если результаты их деятельности (товары, работы, услуги) будут одобрены и приобретены другими субъектами, непосредственно не участвующими в соперничестве, — т. е. потребителями (покупателями, заказчиками), выступающими в качестве как бы третьей стороны в конкурентной борьбе. Иначе, конкуренция как таковая была бы бессмысленной. На это также указывал проф. Г.Ф. Шершеневич: «Общественная идея конкуренции состоит в том, что обеспечение личного существования со стороны каждого хозяйства ведет к наилучшему обеспечению интересов общества... Среди торговых представителей открывается ожесточенная борьба перед потребителями... Каждое пред-

[675] *Юданов А.Ю.* Конкуренция: теория и практика. М., 1998. С. 12.

приятие стремится привлечь к себе и отвлечь от другого возможно большее число потребителей...»[676].

Конкуренция в предпринимательской деятельности выступает в качестве побудительной силы, направляющей деятельность производителей и поставщиков (продавцов) на удовлетворение потребностей потребителей. «При конкуренции покупатели — это хозяин, рынок — их агент, а предприятия — их слуги»[677]. Аналогичное определение содержится и в зарубежной правовой литературе. Конкуренция характеризуется как «усилия двух или более сторон, действующих независимо друг от друга, с тем чтобы завладеть клиентурой третьей стороны путем предложения товаров на более выгодных условиях»[678].

Конкуренция как рыночный механизм, способствующий достижению указанных целей, представляет собой общественное благо[679], способствует отбору лучшего и передового. В данном смысле конкуренция — благо для общества, основа для его здорового развития»[680], реальная экономическая и общественно значимая ценность, экономическое благо, усиление которого благотворно влияет на динамику развития рыночных отношений и одновременно служит интересам широкого круга лиц, начиная от собственно государства и заканчивая выгодой отдельного потребителя, имеющего расширенный выбор желаемого продукта[681].

---

[676] *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. СПб., 1908. С. 109.

[677] *Макконнелл Кэмпбелл Р., Брю Стенли Л.* Экономикс. М.: Изд-во Республика. 1993. Т. I. С. 95.

[678] *Chevalier F.* Unfair Competition//Industrial Property in Asia and the Pasific. 1988. № 22. P. 41.

[679] См.: Конкурентное право России. Учебник. 2-е издание / отв. ред. И.Ю. Артемьев, С.А. Пузыревский, А.Г. Сушкевич. М., 2014. С. 17.

[680] *Габов А.В.* Конкуренция как правовая ценность // Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: монография / отв. ред. А.В. Габов. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Юриспруденция, 2016.

[681] См.: *Плеханов Д.А.* Защита конкуренции от органов государственной власти и местного самоуправления (на примере России, Республики Армения, Литовской Республики, Республики Беларусь) // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 3. С. 212–219.

Характеризуя конкуренцию как общественное благо, в основном, подчеркивается, что конкуренция выступает необходимым условием и важнейшим способом эффективного осуществления экономической и предпринимательской деятельности. Положительное влияние конкуренции на экономику проявляется в том, что она способствует эффективному распределению ресурсов, развитию предпринимательской инициативы. Конкурентная борьба субъектов предпринимательства направляет ресурсы в производство тех товаров и услуг, в которых больше всего нуждаются потребители, так как борьба ведется за потребительский спрос. Конкуренция способна координировать экономическую деятельность без административного принуждения, что позволяет предпринимателям добиваться увеличения собственной выгоды (прибыли). Указанные обстоятельства свидетельствуют о несомненном преимуществе экономики, основанной на конкуренции субъектов предпринимательства.

Кроме преимуществ конкуренции, в литературе также отмечаются недостатки, «издержки» конкуренции. С этой позиции цели и задачи конкурентной политики предопределяются, с одной стороны, преимуществами конкуренции, которые стоит использовать для достижения общественного блага, а с другой — издержками конкуренции и стихии рынка, которые необходимо сдерживать и минимизировать[682]. Речь идет о некоторых недостатках, присущих конкуренции, которые могут оказывать дестабилизирующее влияние на экономику. По справедливому мнению авторов, конкуренция, создающая определенное равновесие на рынке, в то же время неизбежно разрушает и делает невозможным существование этого равновесия[683]. Это может выражаться в нестабильности цен в зависимости от колебаний спроса и предложения, что является результатом неустойчивого положения участников имущественного оборота. С понижени-

[682] *Писенко К.А., Бадмаев Б.Г., Казарян К.В.* Антимонопольное (конкурентное) право: учебник // СПС «КонсультантПлюс». 2014.

[683] См.: *Серебряков В.* Очерки современной капиталистической конкуренции. М., 1932. С. 8; Курс экономической теории: Учеб. пособие / под ред. А.С. Богданова, А.Н. Голикова и др. М., 1993. С. 92.

ем цены определенное количество производителей и продавцов выталкивается с рынка, и для некоторых предпринимателей это означает разорение, а для рабочих — безработицу[684]. Конкуренция создает также предпосылки для образования монополий и монополизации рынка. Стремление к выгоде (прибыли) может побуждать предпринимателей к применению таких методов и приемов соперничества, которые не только не способствуют развитию производства и удовлетворению потребностей общества, но и задерживают развитие экономики. В частности, к ним относятся: хищническое использование природных ресурсов для скорейшего получения прибыли, скупка патентов на изобретения, полезные модели и промышленные образцы без намерения их использовать, сравнительная реклама, дискредитирующая других конкурентов, ложные сведения о товаре, вводящие потребителей в заблуждение, и многие другие.

В связи с этим при постановке целей и задач государственной конкурентной политики важен прогноз ожидаемого результата. В частности, в распоряжении Правительства РФ от 16 августа 2018 г. № 1697-р указаны ожидаемые результаты развития конкуренции в отдельных отраслях (сферах) экономики: увеличение удельного веса организаций социального обслуживания, основанных на негосударственной или немуниципальной формах собственности, в общем количестве организаций социального обслуживания всех форм собственности, повышение уровня товарности основных видов сельскохозяйственной продукции в агропромышленном комплексе, снижение зависимости внутреннего рынка от иностранного селекционного и генетического материалов и связанных с ними агротехнологических решений, обеспечение формирования инновационных инфраструктур на принципах установления недискриминационных требований для участников рынков вне зависимости от технологий, используемых при оказании услуг в сфере связи, и другие[685].

[684] См.: Курс экономической теории. Учеб. пособие / под ред. А.С. Богданова, А.Н. Голикова и др. М., 1993. С. 92.

[685] Всего 28 пунктов согласно распоряжению Правительства РФ от 16.08.2018 № 1697-р.

Реализация мер государственной конкурентной политики может быть эффективно осуществлена в системной взаимосвязи с реализацией других направлений государственной экономической политики и ее отдельных составляющих: промышленной, инвестиционной, инновационной, бюджетно-налоговой, таможенной, ценовой, политики поддержки малого и среднего предпринимательства и др.

Библиография:

1. *Габов А.В.* Конкуренция как правовая ценность // Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: монография / отв. ред. А.В. Габов. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Юриспруденция, 2016.
2. Конкурентное право России. Учебник. 2-е издание / отв. ред. И.Ю. Артемьев, С.А. Пузыревский, А.Г. Сушкевич. М., 2014.
3. *Макконнелл К.Р., Брю С.Л.* Экономикс. М.: Изд-во Республика. 1993. Т. I.
4. *Писенко К.А.* Понятие государственной антимонопольной политики в контексте проблематики административно-правового обеспечения баланса интересов // Конкурентное право. 2018. № 1. С. 16–20.
5. *Портер М.* Конкуренция. СПб., М., Киев, 2000.
6. *Самуэльсон П.* Экономика. Вводный курс. М., 1964.
7. *Серебряков В.* Очерки современной капиталистической конкуренции. М., 1932.
8. Соревнование и конкуренция / под ред. И.И. Чангли, Г.К. Смолякова и др. М., 1983.
9. *Юданов А.Ю.* Конкуренция: теория и практика. М., 1998. С. 12.
10. *Chevalier F.* Unfair Competition//Industrial Property in Asia and the Pasific. 1988. № 22.

3.12. «Уровень публичности» хозяйствующих субъектов как критерий их отнесения к числу заказчиков в публичных закупках

Аннотация. В работе рассматривается проблема определения критерия отнесения хозяйствующих субъектов к числу заказчиков в публичных закупках. Автор предлагает в качестве такого критерия использовать «уровень публичности» хозяйствующего субъекта, который должен определяться такими элементами, как организационно-правовая форма субъекта, правовой режим закрепленного за субъектом имущества, факт получения субъектом бюджетных средств, выполнение им публичных функций, функционирование в условиях конкуренции и др.
Ключевые слова: публичные закупки, уровень публичности, заказчики.

Annotation. The paper deals with the problem of determining the criterion of classification of economic entities as customers in public procurement. The author proposes to use a criterion the “level of publicity” of an economic entity, which should be determined by such elements as the legal form of the entity, the legal regime of subject’s property, the fact of budget financing of the subject, the realization of public functions, functioning in a competitive environment, etc.
Keywords: public procurement, level of publicity, customers.

Проблемы правового регулирования отношений в сфере реализации государственных заказов (осуществления государственных закупок) регулярно становились и продолжают оставаться предметом исследований Евгения Парфирьевича Губина, заведующего кафедрой предпринимательского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, Заслуженного юриста Российской Федерации, отмечающего юбилей 28 апреля 2019 года[686].

[686] См.: например: *Губин Е.П.* Правовое регулирование хозяйственного механизма АПК. М., 1988; *Губин Е.П. Г*осударственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005.

Е.П. Губин и А.Е. Шерстобитов еще двадцать лет назад — в 1989 году — обращали свое внимание на исключительную важность надлежащего правового обеспечения в указанной сфере: «Отражая общенародные интересы, решая важнейшие, приоритетные вопросы развития экономики, госзаказ предполагает необходимость четкого правового регулирования всего возникающего комплекса отношений, использования всего существующего арсенала правовых средств, способствующего созданию действительно правовой экономики»[687].

В этой связи представляется уместным остановиться на рассмотрении одной из проблем, существующих в теории и практике отношений в сфере публичных закупок — определения критерия отнесения хозяйствующих субъектов к числу заказчиков в публичных закупках. Указанная проблема существует уже не один год и до сих пор не утратила своей актуальности в России и за рубежом.

Рассмотрение обозначенной проблемы необходимо начать с анализа норм российского законодательства о закупках, определяющих состав заказчиков.

Система публичных закупок России состоит из трех «подсистем» (видов закупок): 1) государственные и муниципальные закупки (их осуществление регулируется Законом о контрактной системе[688]); 2) «корпоративные» закупки (проводятся в соответствии с Законом № 223-ФЗ[689]); 3) иные публичные закупки (основаны на гражданском законодательстве в целом).

Как известно, «предшественником» Закона о контрактной системе являлся Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных

[687] *Губин Е.П., Шерстобитов А.Е.* Идея и реальность госзаказа // Политическое образование. 1989. № 7. С. 57.

[688] Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2014. № 14. Ст. 1652 (далее — Закон о контрактной системе; Закон № 44-ФЗ).

[689] Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» // СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4571 (далее — Закон № 223-ФЗ).

нужд» (далее — Закон № 94-ФЗ; утратил силу)[690]. В соответствии с первоначальной редакцией Закона № 94-ФЗ к государственным (муниципальным) заказчикам относились государственные органы, органы местного самоуправления, а также уполномоченные указанными органами государственной власти или органами местного самоуправления на размещение заказов получатели бюджетных средств. Спустя некоторое время указанный перечень заказчиков был дополнен органами управления государственными внебюджетными фондами и казенными учреждениями. К «иным» заказчикам были отнесены бюджетные учреждения.

К числу «осуществляющих полномочия получателей бюджетных средств», которые также выступали заказчиками в соответствии с Законом № 94-ФЗ, Бюджетный кодекс РФ[691] относил органы военного управления, объединения, соединения и воинские части, а также Государственную корпорацию «Росатом» (п. 7, 8 ст. 241 БК РФ[692]).

Таким образом, **в соответствии с Законом № 94-ФЗ государственными (муниципальными) заказчиками являлись субъекты, не наделенные правом собственности на закрепленное за ними имущество**[693]. Исключение составила Государственная корпорация «Росатом», образованная в 2007 году (см. Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом»»[694]). Вероятно «Росатом» был включен в число государственных заказчиков в связи с тем, что в российском законодательстве на тот момент отсутствовала какая-либо иная специальная регламентация закупок, помимо Закона № 94-ФЗ (Закон № 223-ФЗ, напомним, был принят лишь в 2011 году).

---

[690] СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 1). Ст. 3105.

[691] Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

[692] В редакции, действовавшей до 13 июля 2015 г.

[693] Здесь и далее по тексту все выделения полужирным или курсивом — автора (К.К.).

[694] СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6078.

Как мы видим, **разделение закупочной системы России на «подсистемы» (виды закупок) было основано (и в основном остается таковым в настоящее время, за некоторыми исключениями) на различии в правовых статусах субъектов, выступающих заказчиками в этих «подсистемах», прежде всего, на тех элементах статуса, которые касались (-ются) правового режима закрепленного за ними имущества**.

Представляется, что указанная разница в правовых режимах имущества является одной из причин включения с 1 января 2017 года государственных и муниципальных унитарных предприятий в состав заказчиков по Закону № 44-ФЗ[695].

Согласно действующей редакции Закона № 44-ФЗ к числу заказчиков отнесена также самая «молодая» Государственная корпорация «Роскосмос» (см. Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 215-ФЗ «О Государственной корпорации по космической деятельности «Роскосмос»»[696]). ГК «Роскосмос» и ГК «Росатом» — единственные государственные заказчики, обладающие правом собственности на закрепленное за ними имущество. И если включение ГК «Росатом» в число заказчиков по Закону № 94-ФЗ можно было объяснить отсутствием Закона № 223-ФЗ, то включение в число заказчиков по Закону № 44-ФЗ ГК «Роскосмос» можно объяснить только недоразумением (исходя из указанного нами критерия разделения закупочной системы России на различные «подсистемы»).

---

[695] См. Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 321-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд и нужд отдельных видов юридических лиц» // СЗ РФ. 2016. № 27 (часть II). Ст. 4254. Специалисты, однако, отмечают, что основной причиной включения унитарных предприятий в состав заказчиков по Закону № 44-ФЗ явилось то обстоятельство, что государственные (муниципальные) заказчики «уходили» из-под действия Закона о контрактной системе путем передачи бюджетных средств подведомственным унитарным предприятиям и учреждениям, которые расходовали данные средства в рамках «наиболее рамочного» Закона № 223-ФЗ (См.: *Демидова Т.П.* Единый закон. Комментарии экспертов // ГОСЗАКАЗ: управление, размещение, обеспечение. 2016. № 44. С. 4).

[696] СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. 1). Ст. 4341.

Представляется совершенно логичным решение законодателя при «появлении» Закона № 223-ФЗ наделить все государственные корпорации статусом «корпоративных», а не государственных (муниципальных) заказчиков.

В соответствии с ч. 5 ст. 15 Закона № 44-ФЗ, любые юридические лица должны руководствоваться положениями Закона № 44-ФЗ при проведении закупок, если эти закупки осуществляются из указанных в этом Законе *бюджетных* средств.

Таким образом, законодатель подчеркивает, что Закон № 44-ФЗ применяется в ситуациях, когда заказчик наделен свойством, который представляется возможным назвать, например, **«уровнем публичности»**. Этот «уровень» зависит либо от его организационно-правовой формы, либо от правового режима средств, расходуемых этим заказчиком при осуществлении закупок: все «публичные» хозяйствующие субъекты (государственные органы и т.д.) являются государственными (муниципальными) заказчиками; все «частные» субъекты (например, хозяйственные общества) «приобретают» обязанность проводить закупки в соответствии с Законом № 44-ФЗ при получении указанных в Законе № 44-ФЗ бюджетных средств (ч. 5 ст. 15 Закона № 44-ФЗ[697]).

Заметим, что четкая «граница» между государственными (муниципальными) заказчиками, с одной стороны, и «корпоративными» заказчиками, с другой стороны, стала «размываться»

---

[697] Указанная норма, отсутствовавшая в Законе № 94-ФЗ, по нашему мнению, свидетельствует о попытке законодателя уйти от строгого разделения состава заказчиков по Закону № 44-ФЗ от состава заказчиков по Закону № 223-ФЗ только на основании их организационно-правовой формы. Разделение состава заказчиков только по их организационно-правовой форме подвергается критике в литературе (см., например: *Кузнецов К.В.* Единый закон. Комментарии специалистов // ГОСЗАКАЗ: управление, размещение, обеспечение. 2016. № 44. С. 5).

Вполне возможно, законодатель также обратит внимание на разницу в «уровне публичности» хозяйственных обществ с различным государственным участием. Представляется очевидным, что например, этот «уровень» у акционерного общества, 51 % акций которого принадлежит государству, существенно меньше, чем этот показатель у общества со 100 % государственным участием. По нашему мнению, целесообразно регулировать уровень «жесткости» правил проведения закупок заказчиков в зависимости от их «уровня публичности».

при включении в число государственных заказчиков ГК «Роскосмос».

Напрашивается вопрос: почему одни государственные корпорации являются заказчиками по Закону № 223-ФЗ (который «для них», в том числе, и был принят), а другие — заказчиками по Закону № 44-ФЗ? Научно обоснованного ответа на этот вопрос, очевидно, нет. А отсутствие ответа на этот вопрос неизбежно ведет к другому, более серьезному вопросу: зачем в России вообще раздельное регулирование закупок (к тому же с учетом того обстоятельства, что, во-первых, в Законе № 44-ФЗ провозглашен принцип эффективности, а значит государственные и муниципальные закупки должны быть или стать в обозримом будущем эффективными, а во-вторых, закупки, проводимые в соответствии с Законом № 44-ФЗ, согласно официальной статистике, в настоящее время стоит признать более эффективными в сравнении с закупками, проводимыми в соответствии с Законом № 223-ФЗ[698])?

Весьма показательно «размывание границ» между государственными (муниципальными) и «корпоративными» закупками при обращении к статусу учреждений. Все четыре типа учреждений — казенные, бюджетные, автономные, частные — имеют разный «закупочный» статус. Казенные учреждения являются государственными или муниципальными заказчиками. Бюджетные — «просто» заказчиками по Закону о контрактной системе (по терминологии Закона № 94-ФЗ они выступали

[698] С выдвинутым тезисом, очевидно, многие не согласятся. Однако, согласно докладу Минфина России, 95 % закупок по Закону № 223-ФЗ в 2018 году были проведены посредством закупки у единственного поставщика или «иных» способов (см. Мониторинг применения Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» в 2018 году // URL: https://www.minfin.ru/common/upload/library/2019/02/main/223-FZ_v_2018_godu.pdf). «Иные» способы закупок в большинствеислучаев являются аналогом закупки у единственного поставщика. Отсюда следует, что подавляющее большинство «корпоративных» закупок — это закупки у единственного поставщика (или её «эквивалент»). Представляется очевидным, что б льшая часть таких закупок не могут считаться эффективными в связи с тем, что при их проведении отсутствует конкуренция.

«иными» заказчиками), а также могут быть заказчиками в соответствии с Законом № 223-ФЗ. Автономные учреждения прямо поименованы в качестве заказчиков в Законе № 223-ФЗ. А частные учреждения — не поименованы ни в Законе № 44-ФЗ, ни в Законе № 223-ФЗ.

Бюджетные учреждения в системе закупок России, как мы видим, имеют весьма специфический статус. С одной стороны, по общему правилу они наделены достаточным «уровнем публичности» для наделения их статусом заказчиков по Закону № 44-ФЗ. С другой стороны, при определенных условиях (ч. 2 ст. 15 Закона № 44-ФЗ) этот «уровень публичности» снижается до такой степени, которая позволяет им быть «корпоративными» заказчиками.

Стоит отметить, что законодательное регулирование «уровня публичности» заказчиков в сфере закупок далеко от совершенства, что проявляется, в частности, в отсутствии у бюджетных учреждений (например, у Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова) возможности расходовать средства, полученные в виде пожертвований (например, от выпускников университета), в соответствии с Законом № 223-ФЗ[699].

Представляется очевидным, что «уровень публичности» бюджетных учреждений при расходовании средств от пожертвований сопоставим с аналогичным показателем иных заказчиков по Закону № 223-ФЗ: на «чисто государственные» средства проводятся закупки в соответствии с Законом № 44-ФЗ; при появлении «частного элемента» применяется Закон № 223-ФЗ[700].

[699] Подробнее см.: *Кичик К.В.* Правовой режим закупок, осуществляемых бюджетными образовательными учреждениями за счет пожертвований // Публичные закупки: проблемы правоприменения. Материалы IV Международной конференции (10 июня 2016 г., МГУ имени М.В. Ломоносова). М., 2016. С. 149–168.

[700] Необходимо заметить, что законопроект (ставший впоследствии законом), согласно которому унитарные предприятия становятся заказчиками по Закону № 44-ФЗ с 1 января 2017 г., был подготовлен во исполнение поручения Президента РФ от 25 апреля 2015 г. № Пр-815ГС, согласно которому Правительству РФ необходимо было внести в законодательство изменения,

Пожертвование — это вид дарения. В договоре дарения публично-правовое образование может выступать только в качестве одаряемого[701]. Следовательно, **пожертвование предоставляет (жертвователем является) всегда «частный» субъект.** Можно сказать, что деньги, полученные от «частного» субъекта, «снижают» «уровень публичности» получателя средств «до уровня» как минимум заказчика по Закону № 223-ФЗ. Таким образом, следует признать обоснованным проведение закупок за счет указанных средств в соответствии с положениями Закона № 223-ФЗ (т.е. в более «мягком» режиме, предоставляемом заказчикам с недостаточно высоким «уровнем публичности»)[702].

предусматривающие распространение законодательства о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг на все закупки, осуществляемые государственными и муниципальными унитарными предприятиями *«за счет средств, получаемых из бюджетов бюджетной системы Российской Федерации»* (URL: http://www.kremlin.ru/acts/assignments/orders/49354). Таким образом, в поручении Президента РФ сказано, что по Закону № 44-ФЗ унитарным предприятиям необходимо проводить закупки за счет бюджетных средств. О внебюджетных средствах, в том числе средствах, получаемых по договорам пожертвований, как мы видим, в поручении Президента РФ не сказано. Это свидетельствует об уже указанной нами логике: закупки за счет бюджетных средств проводятся в соответствии с Законом № 44-ФЗ; за счет внебюджетных - в соответствии с Законом № 223-ФЗ.

[701] См.: Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй: в 3 т. / Н.А. Баринов, К.П. Беляев, Е.В. Вавилин и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011. Т. 1. (см. комментарий к статье 572) // СПС «КонсультантПлюс».

[702] Справедливости ради следует также отметить следующее. Все заказчики по Закону № 223-ФЗ (за исключением унитарных предприятий, которые станут заказчиками по Закону № 44-ФЗ с 1 января 2017 г., и автономных учреждений, включение которых в состав заказчиков по Закону № 44-ФЗ ожидается в обозримом будущем) обладают имуществом на праве собственности, а не на праве оперативного управления или праве хозяйственного ведения. Следовательно, имущество, полученное указанными субъектами в виде пожертвования, переходит в их собственность. В случае с бюджетными учреждениями ситуация выглядит иначе. За указанными учреждениями имущество закрепляется на праве оперативного управления. Средства, полученные бюджетным учреждением в виде пожертвования, переходят в его оперативное управление, а не в собственность («Передача вещи в дар юридическому лицу — несобственнику влечет появление у него соответствующего ограниченного вещного права на данную вещь, а права собственности

Указанный вывод представляется весьма логичным при обращении к практике. Очевидно, что даритель, предоставляющий пожертвование, как правило желает таким образом удовлетворить *конкретные нужды* одаряемого. В связи с этим даритель часто указывает в договоре пожертвования конкретный предмет закупки (например, проведение операции гражданину в конкретном медицинском учреждении или реконструкция музея вуза силами конкретного художника). Как правило, такие закупки предполагают их проведение на неконкурентной основе, что относительно «легко» сделать в рамках Закона № 223-ФЗ, допускающего проведение «прямой закупки» (без конкуренции) в случаях, которые укажет заказчик в своем положении о закупках.

Если средства, полученные по договорам пожертвования, бюджетные учреждения будут вынуждены тратить в соответствии с Законом № 44-ФЗ (в большинстве случаев — посредством проведения конкурентных закупочных процедур, а не «прямой закупки»), дарители, с большой долей вероятности, будут искать иные инструменты удовлетворения имеющихся у одаряемого потребностей (например, путем предоставления средств аффилированному с одаряемым хозяйствующему субъекту или посредством предоставления одаряемому наличных денежных средств) либо вовсе откажутся от предоставления средств (этого нельзя исключать). В связи с этим стоит признать, что обязывание бюджетных учреждений проводить закупки по Закону № 44-ФЗ за счет средств, полученных по договорам пожертвований, может негативным образом сказаться на количестве и объеме получаемых учреждениями средств по таким договорам.

на нее — у его учредителя (например, в случаях дарения имущества государственным музеям, вузам или библиотекам)» (Российское гражданское право: Учебник: в 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2015. С. 297)). Следовательно, раз уж это имущество не закреплено за ними на праве собственности, можно сказать о «повышении» «уровня публичности» этих средств. Вопрос в том, считать ли это «повышение» достаточным для установления обязанности проводить закупки за счет пожертвований по Закону № 44-ФЗ? Полагаем, что нет, поскольку указанные средства являются «внебюджетными» и поступают в «самостоятельное распоряжение» бюджетного учреждения.

На проблему «перевода» закупок бюджетных учреждений за счет пожертвований «из» Закона № 44-ФЗ «в» Закон № 223-ФЗ обратил внимание законодатель, однако соответствующий законопроект до сих пор не принят Государственной Думой[703].

Весьма интересным представляется анализ зарубежного опыта регулирования рассматриваемых отношений, прежде всего в части определения критериев отнесения хозяйствующих субъектов к числу заказчиков в публичных закупках.

Так, в ЕС «уровень публичности» хозяйствующего субъекта, позволяющий причислить его к заказчикам в публичных закупках, определяется не его организационно-правовой формой, а фактом реального получения им средств из бюджета. Кроме того, в странах ЕС (в отличие, например, от стран ЕАЭС), к числу заказчиков отнесены субъекты, наделенные публичными функциями, вне зависимости от участия государства в уставном капитале (ином имуществе) этого субъекта.

Встречается, однако, и иной подход, согласно которому хозяйствующие субъекты могут быть исключены из состава заказчиков в сфере закупок в определенных ситуациях: в Норвегии из числа заказчиков исключены субъекты, функционирующие в условиях рынка и имеющие «большую коммерче-

[703] 20 октября 2017 г. в Государственную Думу был внесен проект Федерального закона № 291461-7 «О внесении изменений в статью 1 Федерального закона «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и статью 15 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»» (в части осуществления закупок товаров, работ, услуг за счет денежных средств пожертвований), согласно которому закупки бюджетных учреждений за счет средств, полученных по договорам пожертвований, могут расходоваться по Закону № 223-ФЗ. Указанный законопроект был рассмотрен Государственной Думой 14 ноября 2017 г., после чего был направлен «Президенту Российской Федерации, в комитеты, комиссию Государственной Думы, фракции в Государственной Думе, Совет Федерации Федерального Собрания Российской Федерации, Правительство Российской Федерации, Счетную палату Российской Федерации, Общественную палату Российской Федерации, законодательные (представительные) и высшие исполнительные органы государственной власти субъектов Российской Федерации для подготовки отзывов, предложений и замечаний, а также на заключение в Правовое управление Аппарата Государственной Думы». К настоящему моменту указанный законопроект Государственной Думой не принят в первом чтении.

скую направленность»[704]; в Нидерландах к заказчикам не относятся субъекты, в отношении которых произошла «временная национализация»[705].

В некоторых странах «критерий публичности» в законодательстве о закупках является насколько размытым, что не позволяет правоприменителю однозначно ответить на вопрос о принадлежности конкретного хозяйствующего субъекта к числу заказчиков. В частности, в Бразилии имеется неясность в вопросе о том, является ли крупнейшая нефтяная компания «Petrobras» заказчиком в сфере публичных закупок. По этому вопросу в настоящий момент идет судебное разбирательство, в рамках которого несколько судей озвучили свое различное мнение по этому вопросу[706].

Подводя итог нашему исследованию, отметим, что критерий отнесения хозяйствующих субъектов к числу заказчиков в сфере публичных закупок должен быть научно обоснованным и напрямую зависеть от «уровня публичности» субъекта. Этот «уровень» должен определяться такими элементами, как организационно-правовая форма субъекта, правовой режим закрепленного за субъектом имущества, факт получения субъектом средств из бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, выполнение им публичных функций, функционирование в условиях конкуренции и др. Перечень указанных элементов «публичности» и их значение для определения общего «уровня публичности» хозяйствующего субъекта должны быть определены учеными-экономистами. И уже на основании результатов

[704] Имеет ли компания большую общественную или коммерческую направленность, зависит от ряда факторов, а именно: насколько компания работает в условиях конкурентной борьбы, имеет ли основной целью получение прибыли, работает ли компания в обычных рыночных условиях и подвержена ли она обычным коммерческим рискам, например, риску банкротства.

[705] Подробнее о зарубежном опыте регулирования отношений в сфере публичных закупок см.: Публичные закупки в зарубежных странах: динамика правового регулирования: монография / Отв. ред. О.А. Беляева, В.А. Вайпан, К.В. Кичик. М., 2017.

[706] См.: URL: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325898; https://www.conjur.com.br/2016-set-23/petrobras-ignorar-lei-licitacoes-ocasionalmente-fux

этих экономических исследований представляется целесообразным внесение изменений в российское законодательство в части отнесения различных хозяйствующих субъектов к числу заказчиков в публичных закупках.

Библиография:

1. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005.
2. *Губин Е.П.* Правовое регулирование хозяйственного механизма АПК. М., 1988.
3. *Губин Е.П., Шерстобитов А.Е.* Идея и реальность госзаказа // Политическое образование. 1989. № 7. С. 57.
4. *Демидова Т.П.* Единый закон. Комментарии экспертов // ГОСЗАКАЗ: управление, размещение, обеспечение. 2016. № 44. С. 4.
5. *Кичик К.В.* Правовой режим закупок, осуществляемых бюджетными образовательными учреждениями за счет пожертвований // Публичные закупки: проблемы правоприменения. Материалы IV Международной конференции (10 июня 2016 г., МГУ имени М.В. Ломоносова). М., 2016. С. 149–168.
6. *Кузнецов К.В.* Единый закон. Комментарии специалистов // ГОСЗАКАЗ: управление, размещение, обеспечение. 2016. № 44. С. 5.
7. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй: в 3 т. / Н.А. Баринов, К.П. Беляев, Е.В. Вавилин и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011. Т. 1. (см. комментарий к статье 572) // СПС «КонсультантПлюс».
8. Публичные закупки в зарубежных странах: динамика правового регулирования: монография / Отв. ред. О.А. Беляева, В.А. Вайпан, К.В. Кичик. М., 2017.
9. Российское гражданское право: Учебник: в 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2015. С. 297.

3.13. О формировании судебной целесообразности

Аннотация. Роль судебной практики меняется, ее значение на современном этапе существенно возрастает. В статье рассматривается вопрос о понятии судебной практики, подчеркивается его дискуссионность и многоаспектность. Выражается мнение о несовпадении понимания судебного прецедента в различных системах права. Особый интерес для автора представляет соотношение судебной практики и закона. Постановления Пленума Верховного Суда РФ не только разъясняют судебную практику, но и моделируют ее, восполняют пробелы закона (порой мнимые), в связи с чем автором отмечается появление судебной целесообразности, которая может не совпадать с законностью. К такой ситуации привели как объективные, так и субъективные факторы. Анализ конкретных дел в сфере уголовного судопроизводства позволяет утверждать, что судебная практика иногда противоречит закону, возникает эффект «усыпления закона».
Ключевые слова: судебная практика, судебный прецедент, разъяснение судебной практики, уголовно-процессуальный закон, Верховный Суд РФ, правоприменение.

Annotation. The role of judicial practice is changing, its importance at the present stage is significantly increasing. The article deals with the concept of judicial practice, emphasizes its debatable and multifaceted. The view is expressed that there is a discrepancy in the understanding of judicial precedent in different systems of law. Of particular interest to the author is the ratio of judicial practice and the law. Decisions of the Plenum of the Supreme Court not only explain the judicial practice, but also model it, fill in the gaps of the law (sometimes imaginary), in connection with which the author notes the emergence of judicial expediency, which may not coincide with the legality. Both objective and subjective factors have led to this situation. Analysis of specific cases in the field of criminal proceedings suggests that judicial practice is sometimes contrary to the law, there is an effect of “euthanization of the law”.
Keywords: judicial practice, judicial precedent, clarification of judicial practice, criminal procedure law, the Supreme Court of the Russian Federation, law enforcement.

Благодарю редакторов сборника за возможность выразить свое глубокое уважение к профессору Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова Евгению Парфирьевичу Губину, которого считаю своим учителем. Хочется подчеркнуть, что Евгений Парфирьевич внес значительный вклад не только в развитие науки предпринимательского права, но также и в понимание и исследование межотраслевых связей и универсальных правовых категорий. Судебная практика — одна из таких. Об актуальных проблемах судебной практики и пойдет речь в настоящей статье.

С 1790 г. — того момента, как французские суды были обязаны каждый раз при возникновении вопроса, прямо не урегулированного в законе, обращаться за разъяснениями к законодателю (система *référé*)[707], — многое изменилось, и не только во Франции, но и в России. У законодателя давно уже нет монополии толкования, и суды имеют возможность самостоятельно разъяснять закон. Авторитет судебной власти существенно возрос и укрепился, а вместе с ним возросла и роль судебной практики.

Научные дискуссии о понятии судебной практики вообще и в уголовном процессе в частности, о ее значении и соотношении с законом подобны уснувшему вулкану: время от времени они просыпаются, а потом снова замирают, но только на определенный период. При этом научная полемика пока не привела (и, видимо, не сможет привести) к единообразному пониманию названных понятий[708]. Наоборот, у сторонников противоположных точек зрения появляются все новые и новые аргументы. Предлагается даже отказаться от самого термина «судебная практика» ввиду его неоднозначности. Такое предложение выглядит радикальным, и по этой причине не может быть поддержано. Отношение к судебной практике становится неким индикатором, определя-

[707] См.: *Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 11.

[708] О новой волне интереса к данной проблематике см., напр.: *Исполинов А.С.* Прецедент в международном праве (на примере Международного суда ООН, ЕСПЧ, ВТО и Суда ЕАЭС) // Законодательство. 2017. № 1. С. 78.

ющим степень современности и продвинутости автора, исследующего ее роль. Так, те, кто активно поддерживает включение судебной практики в систему источников права современной России, очевидно, являются передовыми учеными, в обратном случае они — сторонники реставрации чуть ли не антидемократического режима. В связи с этим уместно привести слова И.А. Конюховой, которая прямо пишет, что «позиция абсолютного отрицания нормотворческой роли судебных решений не отвечает современным реалиям. Прежние догматы стали еще более не соответствовать динамике развития правовой системы, причем не только в России, но и в других странах»[709]. На наш взгляд, такой несколько политизированный подход по принципу «свой — чужой» только отвлекает от исследования тенденций взаимодействия закона и судебной практики. Далеко не все авторы поддерживают необходимость существования судебного правотворчества. Например, судья КС РФ С.Д. Князев считает, что если суд начинает по своему усмотрению творить новые правила, а потом по ним осуществляет судебное разбирательство, это не укрепляет веру ни в разделение властей, ни в объективность и независимость суда, ни в справедливость правосудия[710]. Постепенно сложилась система «двойных стандартов» по отношению к судебной практике. Факт судейского правотворчества всегда существует эмпирически, но при этом вызывает жаркие споры[711]. Трудно судебное правотворчество разграничить и с судебным толкованием закона. На наш взгляд, совершенно правильным является мнение Ф. Жени о том, что судебная практика не является источником права, но обладает убеждающим авторитетом, отступление от которого допустимо, но без серьезных оснований нежелательно[712].

[709] *Конюхова И.А.* Международное и конституционное право: теория и практика взаимодействия. М., 2006. С. 275.

[710] *Князев С.Д.* Не преступить тонкую грань, которая отделяет толкование закона от его пополнения новыми правилами. Закон. 2017. № 10. С. 17.

[711] Подробнее об этом см.: *Верещагин А.Н.* Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. М., 2004. С. 137–141.

[712] Цит. по: *Карапетов А.Г.* Указ. соч. С. 32.

Что же такое судебная практика?

Для ответа на этот далеко не простой вопрос необходимо учитывать следующие исходные положения: 1) судебная практика — вид юридической практики; 2) судебная практика в широком смысле — это судебная деятельность и/или ее итог.

Понимание судебной практики в широком и узком смысле довольно распространено в научной литературе[713]. Предлагаются как достаточно простые и понятные определения судебной практики[714] (например, В.К. Случевский считал, что судебная практика — это «решения судебных мест, которые имеют лишь нравственный авторитет при рассмотрении других судебных дел»[715]), так и более сложные. Так, Р.С. Притченко[716] дает обстоятельное определение, полагая, что *судебная практика*, являясь одновременно и компонентом деятельности судебных органов, и ее результатом в форме определенных правоположений, направленным на раскрытие и углубление (толкование) содержания норм в процессе их применения при разрешении конкретных споров судом или интерпретационной деятельности суда, выступает также и мерилом эффективного соответствия правовых норм объективным требованиям развития общества, представляет собой основу для дальнейшего развития юридической науки и законодательства. Получается, что если суд не восполнил пробел закона при рассмотрении конкретного дела, не создал правоположения, то и нет смысла говорить о судебной практике.

Такой же позиции, по сути, придерживается А.А. Петрунина[717]. Она подчеркивает избирательный характер судебной

[713] См., напр.: *Соловьев В.Ю.* Понятие судебной практики // Законодательство и экономика. 2002. № 12. С. 33.

[714] Сразу сделаем оговорку, что речь идет о судебной практике только судов общей юрисдикции. Практика КС РФ не рассматривается в данной статье, поскольку имеет свои особенности (в частности, КС РФ решает исключительно вопросы права).

[715] *Случевский В.К.* Учебник русского уголовного процесса. Введение. Часть I: Судоустройство. М., 2008. С. 24.

[716] *Притченко Р.С.* Проблемное понимание судебной практики // Правовая держава. 2006. № 9. С. 196.

[717] *Петрунина А.А.* Место и роль судебной практики в российской правовой системе // Вестник Саратовской юридической академии. 2013. № 2. С. 48.

практики в ее узком значении и связывает ее понимание лишь с принятием судами правовых положений. Здесь акцентируется внимание не на правоприменительной деятельности судов, а на судебном нормотворчестве (которое *de facto* нельзя отрицать), т. е. правосудию отводится второстепенная роль. По этой причине такая точка зрения представляется неубедительной.

Отметим также, что до настоящего времени нет единства мнений по поводу того, всякий ли суд творит судебную практику или этой привилегией обладают только высшие судебные органы.

Так, еще в советское время С.Н. Братусь и А.Б. Венгеров отмечали, что «необходимо со всей решительностью отвергнуть мысль, что к судебной практике относится любое решение народного суда, определение кассационной либо надзорной судебной инстанции или даже сумма решений по конкретной группе дел»[718]. Такая точка зрения высказывается в научной литературе и сегодня. Например, по мнению М.А. Капустиной, под судебной практикой в российской юриспруденции понимают некую совокупность понятий, определений, правил и т. д., получивших известную степень обобщения и признания у судей определенного региона или по определенным категориям дел[719].

С подобными позициями, по нашему мнению, согласиться нельзя. Признавая неоднородность судебной практики, надо сказать, что все судьи и суды, осуществляя правосудие и при-

[718] *Братусь С.Н., Венгеров А.Б.* Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе. М., 1975. С. 8. Авторы определяют судебную практику как единство (а) того вида судебной деятельности по применению правовых норм, которая связана с выработкой определенных правоположений на основе раскрытия смысла и содержания применяемых норм, а в необходимых случаях их конкретизации и детализации, и (б) итога этой деятельности (самих положений). Отсюда следует, что судебная практика — это одновременно и динамика (указанный вид судебной деятельности при осуществлении правосудия), и статика (результаты этой деятельности — правоположения) (там же. С. 16–17). Постановления Пленума Верховного Суда РФ ученые считали обобщенной судебной практикой (там же. С. 14).

[719] *Капустина М.А.* Судебная практика: формирование и реализация правовой политики // Российская судебная власть: современность и перспективы: сб. науч. тр. / под ред. Г.А. Гаджиева, К.Н. Княгинина. СПб., 2014. С. 59.

нимая решения по конкретным делам, создают судебную практику. Соответственно, можно разделить судебную практику на *несистематизированную* (своего рода первичную) и *систематизированную* (устойчивую, сложившуюся, обобщенную вышестоящими судами).

Часто цитируется мнение председателя Верховного Суда РФ В.М. Лебедева[720], с точки зрения которого судебная практика является совокупностью деятельности судов по применению законодательства при рассмотрении гражданских, уголовных, административных и других судебных дел, иначе говоря, опытом индивидуально-правовой деятельности судов, в том числе обобщений и анализа этой деятельности, а также решений разных судебных инстанций, включая постановления и определения Верховного Суда РФ по конкретным категориям дел. Поскольку все решения судов относятся тем самым к судебной практике, такое определение представляется более верным.

В литературе обсуждается вопрос о противоречивости судебной практики и необходимости обеспечения ее единообразия. Можно ли избежать противоречий в судебной практике? По всей видимости, следует признать, что противоречия в судебной практике существовали и будут существовать. Важно установить пределы допустимых противоречий. В.В. Старженецкий приводит основные подходы ЕСПЧ к оценке противоречивой судебной практики. Остановимся на них подробнее: *во-первых*, не существует права на неизменную и единообразную судебную практику. Интересы надлежащего отправления правосудия, развития и совершенствования судебной практики являются более важной ценностью и требуют динамичного и эволюционирующего толкования норм права судами. *Во-вторых,* наличие глубоких и долговременных противоречий в судебной практике, неспособность правовой системы государства справиться с такими противоречиями ведут к нарушениям права на справедливое судебное разбирательство, гарантированного ст. 6 ЕКПЧ.

[720] *Лебедев В.М.* Судебная практика и развитие законодательства // Законодательство России в XXI веке: по материалам научно-практической конференции. М., 2002. С. 42.

В-третьих, у государства есть позитивная обязанность предусматривать в своей правовой системе эффективные механизмы, позволяющие преодолевать возможные противоречия в судебной практике[721]. Еще большую значимость приобретает в этой связи проблема диалога судов, их взаимодействия.

Изложенное позволяет еще раз убедиться в дискуссионности и неоднозначности понимания судебной практики. Проблему определения понятия судебной практики необходимо отграничить от вопроса о ее значении как источника права. Тогда становится ясно, что не любая судебная практика может признаваться источником права.

Следовательно, важно рассмотреть соотношение понятий «судебная практика» и «судебный прецедент». Хорошо усвоив структуру классического англосаксонского прецедента (*ratio decidendi* (стоять на решенном) и *obiter dictum* (попутно сказанное)), а также его отличительные признаки (это (1) решение по конкретному делу высшего суда, (2) обязательное при рассмотрении подобных дел (доктрина *stare decisis*) и (3) опубликованное надлежащим образом), российские авторы иногда механически переносят свои представления об этом явлении на отечественную почву. И получается, что либо вся судебная практика — это судебный прецедент, а постановления Пленума Верховного Суда РФ — «прецедент особого рода»[722], либо это почти независимые друг от друга феномены. В.В. Ершов высказывает спорное мнение о том, что понятие «судебный прецедент» является родовым, имеет неопределенную природу и потому теоретически дискуссионно, а практически — контрпродуктивно[723].

---

[721] *Старженецкий В.В.* Отсутствие единообразия судебной практики — нарушение прав человека? Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека / Russian Yearbook of the European Convention on Human Rights, (1) 2015. С. 231–232.

[722] *Демидов В.В.* О роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Бюллетень ВС РФ. 1998. № 3. С. 23.

[723] *Ершов В.В.* Природа и виды судебных прецедентов. Российское правосудие. 2018. № 1. С. 33. Автор относит прецедент к виду неправа. Признавая в целом понятие «судебный прецедент» бесперспективным для научного исследования, он тем не менее предлагает новую классификацию судебных прецедентов.

Представляется весьма оригинальным мнение О.Н. Коростелкиной[724] о соотношении судебной практики и судебного прецедента. Она считает, что «судебный прецедент порождает судебную практику, поскольку может стать первым образцом разрешения определенного дела, и тогда деятельность судов будет базироваться на его основе». Ближе к истине представляется точка зрения М.А. Гицу[725] о том, что судебный прецедент — это вид судебной практики.

В доктрине уголовно-процессуального права также уделяется внимание судебному прецеденту, правда, в контексте обсуждения источников права. Например, по мнению С.М. Даровских[726], судебный прецедент в уголовном судопроизводстве — это судебное решение высшего органа судебной власти по конкретному уголовному делу, вынесенное в рамках определенной юридической процедуры, опубликованное в официальных сборниках и содержащее правовые позиции, обязательные для применения в будущем нижестоящими судами при рассмотрении аналогичных дел. Такая точка зрения также небесспорна в силу сложившихся в России традиций континентальной системы права. Конечно, в настоящее время мы не найдем в приговорах ссылок на конкретные решения даже Верховного Суда РФ. Между тем ссылки на постановления Пленума Верховного Суда РФ достаточно популярны, на них ссылается в своих решениях даже Конституционный Суд РФ.

Как справедливо отмечает Л.В. Головко, ключевая проблема заключается в том, что на судебный прецедент нельзя смотреть через призму континентального правового менталитета, доведенного до крайности в новейшей отечественной юридической традиции.

---

[724] *Коростелкина О.Н.* Судебная практика и судебный прецедент в системе источников российского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 9.

[725] *Гицу М.А.* Судебный прецедент как источник права в свете современных тенденций в России // Государство и право. 2017. № 6. С. 6.

[726] *Даровских С.М.* Судебные правовые позиции в уголовном судопроизводстве: теоретические основы и процессуальные формы: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 15.

Когда российскому юристу говорят, что прецедент является источником права (что верно, но только отчасти), то он воспринимает этот тезис буквально и начинает искать в судебном решении правовую норму со всеми ее атрибутами, включая абстрактный характер, жесткость предписания, наличие санкции за неисполнение (в виде, например, обязательной отмены соответствующего «девиантного решения»), точную дату вступления в силу и т. д.[727] При этом он подчеркивает, что прецедент ничуть не связывает суд при принятии решения. Р. Дворкин, в свою очередь, иронически замечает, что общая власть прецедента устоит, если судья по конкретному делу откажется ему следовать ввиду того, что правило прецедента покажется судье неясным[728].

Различия между континентальной системой права и системой общего права носят не только формальный, но и сущностный характер. М.Н. Марченко убедительно доказывает многозначность понимания судебного прецедента в системе романо-германского права. Речь идет не только о названии и содержании данного феномена на уровне всей романо-германской правовой семьи, который в одних случаях традиционно называется прецедентом, в других — судебной практикой, образующейся при повторении прецедента, а в остальных — судебными установлениями (*court's holdings*) или же просто судебными решениями (*court's rulings*), но и о различном восприятии судебного прецедента на уровне отдельных правовых систем[729].

Итак, под судебной практикой следует понимать прежде всего правоприменительную деятельность судов различных инстанций по рассмотрению и разрешению конкретных дел. Важно затронуть вопрос о роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда РФ, тем более что именно на них ссылаются в приговорах судьи. Принятие Пленумом ВС РФ постановлений

---

727 *Головко Л.В.* Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // СПС «КонсультантПлюс».

728 Dworkin R. Law's empire. Oxford, 1998. P. 159.

729 *Марченко М.Н.* Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 1. С. 6.

имеет целью разъяснить вопросы судебной практики, тем самым направив ее в нужное русло.

На наш взгляд, собственно постановления Пленума Верховного Суда не являются примерами судебных прецедентов и к судебной практике относятся лишь условно, являясь средством обеспечения ее единообразия.

Более того, в последние годы изменился характер принимаемых Пленумом Верховного Суда РФ постановлений, на что совершенно ясно указывает В.В. Момотов. По его мнению, ранее постановления Пленума Верховного Суда СССР (а впоследствии — Российской Федерации), как правило, давали ответы на вопросы, возникшие у нижестоящих судов при рассмотрении конкретных дел, иначе говоря, представляли собой реакцию на те или иные проблемы правоприменительной практики. Неслучайно название большинства постановлений Пленума начиналось словами «О вопросе, возникшем в судебной практике...». Сегодня же наряду с традиционными постановлениями Пленум Верховного Суда РФ все чаще принимает постановления, разъясняющие последние законодательные изменения в той или иной сфере в отсутствие какой-либо практики применения этих изменений. Разъяснения Пленума не реагируют на судебные ошибки, а упреждают их, заранее представляя судам толкование новых правовых норм[730].

Приведем яркий пример такой превентивной функции. 27 ноября 2012 г. Пленум Верховного Суда РФ принял Постановление № 26 «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде апелляционной инстанции», в котором указал, что разъяснения, содержащиеся в данном Постановлении, судам следует учитывать при пересмотре решений судов первой инстанции, вынесенных после 31 декабря 2012 г. (п. 29 в ред. Постановления от 1 декабря 2015 г. № 54). Как видим, разъяснения судебной практики были даны до ее формирования, в целях лучшего понимания нового закона, еще не вступившего в силу.

[730] *Момотов В.В.* Роль судебной практики в правовой системе: российский опыт в мировом контексте // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 5. С. 46.

Появился и новый вид постановлений, в которых речь идет о невыполнении или не совсем точном выполнении ранее принятых постановлений Пленума Верховного Суда РФ; их можно условно назвать контрольными. К таковым относится Постановление от 3 октября 2017 г. № 33 «О ходе выполнения судами Российской Федерации постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 15 ноября 2016 года № 48 "О практике применения судами законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности"». Верховный Суд РФ дал нижестоящим судам рекомендации, направленные на более точное исполнение ранее принятого им же Постановления. Принятие такого рода актов — *превентивных* и *контрольных* — преследует самые благие цели с точки зрения Верховного Суда РФ и направлено на улучшение работы судов в принципе.

Анализируя названные тенденции развития судебной практики, можно утверждать, что сложилось новое для России явление — ***судебная целесообразность***, которая может входить в конфликт с законностью, не всегда дополняя закон и восполняя его пробелы. Практика имеет опасную тенденцию адаптироваться к действительности вне рамок кодекса, подчас не столько тормозя, сколько ускоряя его упадок[731].

Соотношение судебной практики и закона. Эффект «усыпления закона»

Судьи независимы и подчиняются только закону — эта аксиома закреплена в ст. 120 Конституции РФ. Правила и принципы судебной практики (*case law*) никогда не рассматривались как конечные истины, а скорее воспринимались как рабочие гипотезы, всегда остающиеся в тех великих лабораториях права, которые называются судами. Каждое новое решение является экспериментом, и если принятое правило приводит к результату, который ощущается как несправедливый, то правило пересматрива-

[731] См.: *Кабрияк Р.* Кодификации. М., 2007. С. 195.

ется[732]. В идеальной модели судьи могут толковать закон только в его рамках и не выходя за его пределы. Вместе с тем действующий закон не является совершенным, и судебная практика вынуждена его корректировать, ведь судьи должны рассматривать конкретные дела, а не ждать, когда законодатель исправит выявленные недочеты. Однако такая ситуация не может затягиваться, суды не должны подменять законодателя, как это порой происходит.

Анализ конкретных дел в сфере уголовного судопроизводства позволяет констатировать, что судебная практика иногда идет вразрез с законом.

Проиллюстрируем это на примерах. Речь, прежде всего, пойдет о несистематизированной судебной практике. Как известно, согласно ст. 89 Уголовно-процессуального кодекса (УПК) РФ результаты оперативно-розыскной деятельности (ОРД) не могут использоваться в доказывании, если они должным образом не процессуализированы. Однако по делам о преступлениях, предусмотренных ст. 228 Уголовного кодекса (УК) РФ («Незаконные приобретение, хранение, перевозка, изготовление, переработка наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, а также незаконные приобретение, хранение, перевозка растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества») и ст. 228.1 УК РФ («Незаконные производство, сбыт или пересылка наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, а также незаконные сбыт или пересылка растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества») встречаются приговоры, постановленные исключительно (или в большей степени) на основании данных ОРД[733]. Вызывает беспокойство,

[732] См.: *Smith M.* Jurisprudence. Columbia University Press, 1908. P. 21.

[733] См., напр.: https://rospravosudie.com/court-arzamasskij-gorodskoj-sud-nizhegorodskaya-oblast-s/act-502436659/; https://rospravosudie.com/court-arzamasskij-gorodskoj-sud-nizhegorodskaya-oblast-s/act-469914362/; https://rospravosudie.com/court-arzamasskij-gorodskoj-sud-nizhegorodskaya-oblast-s/act-469399824/; https://rospravosudie.com/court-leninskij-rajonnyj-sud-g-nizhnij-novgorod-nizhegorodskaya-oblast-s/act-503692070/

что некоторые суды лояльно относятся к недопустимым доказательствам по этой категории дел. Это обстоятельство нашло отражение и в практике Европейского суда по правам человека. Российская Федерация уже неоднократно признавалась нарушившей п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод в связи с тем, что в основу обвинительных приговоров заявителей были положены доказательства, полученные в результате оперативно-розыскных мероприятий — проверочных закупок наркотических средств, проведенных ненадлежащим образом с участием тайных агентов правоохранительных органов, при отсутствии иных доказательств виновности заявителей и без надлежащего рассмотрения судами доводов заявителей о провокации преступления[734].

Еще один пример касается интерпретации судами предпринимательской деятельности применительно к решению вопроса о заключении под стражу при производстве по ст. 159 УК РФ («Мошенничество»). В соответствии с законом (ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ) применение этой меры пресечения невозможно, если названное преступление произошло в сфере предпринимательской деятельности. На практике[735] при очевидном соответствии деятельности всем признакам предпринимательской (см. ст. 2

[734] См., напр.: решения ЕСПЧ от 22.03.2016 по делу «Акулин и другие (*Akulin and others*) против Российской Федерации» (жалобы № 14313/07, 28826/07, 34975/07, 5638/09, 29575/09, 66628/09, 75503/10, 4301/11 и 9924/11), от 21.06.2016 по делу «Мамонтов и другие (*Mamontov and others*) против Российской Федерации» (жалобы № 46796/06, 13260/10 и 52082/10), от 09.02.2016 по делу «Ульянов и другие (*Ulyanov and others*) против Российской Федерации» (жалобы № 22486/05, 40959/05, 18279/07, 61921/08, 3960/09, 7716/09, 5608/09, 10192/09, 13746/09, 28951/09 и 52614/09) и др.

[735] Изучалась практика судов общей юрисдикции Брянской области. Брянская область оказалась регионом, где суд вышестоящей инстанции (Брянский областной суд) исправил неправильное понимание предпринимательской деятельности нижестоящим судом. См., например: Постановление № 22-1013/2017 22К-1013/2017 3/1-66/2017 от 02.06.2017 по делу № 22-1013/2017. Это исключение из правила, в этой связи и рассматривалась практика судов этого региона страны. В большинстве других регионов России складывается практика, подобная московской: вышестоящие суды соглашаются с толкованием предпринимательской деятельности нижестоящими судами.

Гражданского кодекса (ГК) РФ) суды изобретают новые ее характеристики. Например, из решений судов следует, что деятельность не является предпринимательской ввиду того, что «гражданка Д. два месяца не получала прибыли», или «предприятие использовало бюджетные средства», или деятельность «с самого начала была прикрытием преступного замысла». Вариантов много, но все они противоречат закону. То есть можно утверждать, что судами принимаются решения *contra legem*. С другой стороны, возникает вопрос, а не являются ли подобные решения просто судебными ошибками, которые легко может исправить вышестоящий суд? Между тем обращение к практике вышестоящих судов избавляет от иллюзий и не оправдывает наших ожиданий. Такая практика почти единообразна. Например, Московский городской суд, осуществляя апелляционные проверки (с 2014 по 2018 гг.), в 100 % случаев оставил решения нижестоящих судов по жалобам на нарушение ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ в силе. Вот выдержка из апелляционного постановления: «как следует из объема предъявленного Б. обвинения, его действия изначально были направлены не на извлечение прибыли в пользу руководимого им юридического лица, а на хищение бюджетных денежных средств, в связи с чем суд первой инстанции обоснованно не усмотрел обстоятельств, указанных в ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ, препятствующих его содержанию под стражей, и не согласиться с этим у суда апелляционной инстанции оснований не имеется»[736]. В большинстве случаев в решениях просто содержится утверждение, что деятельность обвиняемого не соответствует признакам предпринимательской, однако причины такого вывода не приводятся или делается ссылка на правильность решения этого вопроса нижестоящим судом.

Такая противоречащая закону судебная практика не осталась без внимания президента РФ. В частности, 20 февраля 2019 г. в своем послании Федеральному Собранию РФ[737] глава государства говорил о том, что «добросовестный бизнес не должен по-

[736] Апелляционное постановление № 10-14398/2014 от 22.10.2014 по делу № 3/2-453/14 // СПС «КонсультантПлюс».

[737] См.: СПС «КонсультантПлюс».

стоянно ходить под статьей». Отметим, что речь идет именно о добросовестном бизнесе. Изменится ли реальная судебная практика после такой политической реакции, пока говорить рано. Широко обсуждается сейчас в СМИ резонансное дело основателя инвестиционной компании Baring Vostok Майкла Калви, которому следствие предъявило обвинение в мошенничестве[738]. Он находится под стражей с 16 февраля 2019 г. и обвиняется в присвоении 2,5 млрд руб. Суд при избрании меры пресечения снова не увидел признаков предпринимательской деятельности.

Как верно считает С.А. Синицын, расхождения складывающейся правоприменительной практики с положениями действующего законодательства возможно охарактеризовать как восполнение мнимых пробелов в праве и неправосудные судебные акты.

С позиций обеспечения законности и правопорядка крайне важно, чтобы преодолеваемый судебной практикой пробел в законодательстве действительно существовал и нуждался в восполнении, а его временное преодоление не оказалось способом обхода неудобных для спорящих сторон положений действующего закона, поскольку в противном случае неминуемо повсеместное нарушение законов и казуистически вольное отступление от общеобязательных положений законодательства[739].

Говоря об устранении пробелов в законе, П.И. Люблинский обращает внимание на эффект «усыпления закона» в том случае, когда норма признается несуществующей, но сохраняется в кодексе. Английское право для того, чтобы облегчить возможность своего развития и появления с помощью практики новых норм, весьма часто применяет этот прием. Вследствие этого писаное английское право зачастую совершенно не соответствует действующему праву[740]. Подобное явление мы наблюдаем и в России XXI в.

---

[738] Майклу Калви предъявлено обвинение в мошенничестве // URL: www.nsn.fm/hots/mayklu-kalvi-predyavleno-obvinenie-v-moshennichestve.html

[739] *Синицын С.А.* Судебная практика как важнейший фактор развития законодательства: опыт российского и зарубежного права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 1. С. 106.

[740] *Люблинский П.И.* Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса. М., 2004. С. 162.

Современная реальность такова, что авторитет судебной практики очень высок. Это вызвано объективными и субъективными причинами. К *первой группе* причин следует отнести девальвацию закона. УПК РФ остается неизменным в среднем не более 26 дней в году (относительный период стабильности)[741], и в условиях мобильности законодательства судебная практика выглядит более стабильной. Ко *второй группе* относится желание конкретных судей избежать риска отмены или изменения их решений вышестоящей инстанцией. Рассматривая уголовные дела, судьи ориентируются именно на акты высших судов, соответствующим образом мотивируя собственные решения. В идеале необходимо гармонизировать закон и судебную практику, преодолеть эффект «усыпления закона». Сейчас все преимущества на стороне судебной практики, и потому нет никакой необходимости еще больше усиливать ее влияние путем формального признания и закрепления ее нормативного значения, особенно в публично-правовой сфере.

Требуется создание механизма эффективного взаимодействия закона и судебной практики.

Какие-то «полицейские» меры здесь вряд ли помогут, только подлинное уважение к закону со стороны судей, обязательное обсуждение законопроектов с их участием, активное использование права законодательной инициативы Верховным Судом РФ (такая тенденция прослеживается в последние время) реально могут изменить ситуацию. Независимость судебной власти — это в то же время и ее ответственность перед обществом.

Сегодня как никогда актуальны слова В.С. Нерсесянца: «В складывающихся условиях чрезвычайно важно, чтобы так трудно обретаемая независимость суда и судей от прежнего партийно-административного диктата и контроля не обернулась дурной “независимостью” от всего и вся, сословной свободой для себя, кастовой автаркией судебной власти, ее превращением в непроницаемое и бесконтрольное “государство в государстве”,

[741] По данным, представленным на VII Международном Петербургском юридическом форуме в рамках сессии «1.3. Современные подходы к кодификации нормативных требований: между традициями и инновациями». URL: https://spblegalforum.ru/ru/Video (дата обращения: 05.03.2018).

иначе наше общество, столь долго ждущее независимость суда, окажется в феодальной зависимости от него»[742].

Выводы

1. Судебная практика создается всеми судами при осуществлении правосудия. Она может быть разделена на *несистематизированную* (первичную) и *систематизированную* (устойчивую). Систематизацией судебной практики занимается в первую очередь Верховный Суд РФ. Судебная практика не должна отождествляться с судебным прецедентом. Судебный прецедент — это вид судебной практики.

2. Единообразие судебной практики обеспечивается постановлениями Пленума Верховного Суда РФ. Их содержание в последнее время изменилось, появились новые виды постановлений — *превентивные* и *контрольные*. Это позволяет утверждать, что в России сложилось новое явление — судебная целесообразность, которая может вступать в конфликт с законностью.

3. Авторитет судебной практики в целом и по уголовным делам в частности в настоящее время чрезвычайно высок. Наблюдается эффект «усыпления уголовно-процессуального закона». Противоречий между судебной практикой и законом быть не должно, но они есть и обусловлены объективными и субъективными факторами. В связи с этим необходим механизм преодоления таких противоречий.

Библиография:

1. *Гицу М.А.* Судебный прецедент как источник права в свете современных тенденций в России // Государство и право. 2017. № 6.
2. *Головко Л.В.* Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // СПС «КонсультантПлюс».
3. *Ершов В.В.* Природа и виды судебных прецедентов. Российское правосудие. 2018. № 1.

[742] *Нерсесянц В.С.* Теория права и государства. М., 2001. С. 98.

4. *Кабрияк Р.* Кодификации. М., 2007.
5. *Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011.
6. *Люблинский П.И.* Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса. М., 2004.
7. *Марченко М.Н.* Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 1.
8. *Момотов В.В.* Роль судебной практики в правовой системе: российский опыт в мировом контексте // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 5.
9. *Синицын С.А.* Судебная практика как важнейший фактор развития законодательства: опыт российского и зарубежного права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 1.
10. *Dworkin R.* Law’s empire. Oxford, 1998.

3.14. Взгляды профессора Е.П. Губина на роль государства в регулировании отношений предпринимательства и сферы финансовой несостоятельности

Аннотация. В работе исследуются взгляды профессора Е.П. Губина на роль государства в регулировании предпринимательства и финансовой несостоятельности. Определяется актуальность положений, высказанных профессором Е.П. Губиным в отношении роли и места государства в сфере государственного регулирования института несостоятельности (банкротства).
Ключевые слова: государство, публичное регулирование, предпринимательство, финансовая несостоятельность, банкротство.

Annotation. In this article there is the analysis of the views of Professor E.P. Gubin on the role of the state in the regulation of entrepreneurship and financial insolvency. The relevance of the provisions expressed by Professor E.P. Gubin in relation to the role and place of the state in the field of state regulation of the bankruptcy sphere is determined.
Keywords: state, public regulation, entrepreneurship, financial insolvency, bankruptcy.

Роль и значение государства в регулировании предпринимательской деятельности в современных условиях неуклонно возрастает. В связи с этим анализ государственного регулирования сферы предпринимательства в целом и сферы финансовой несостоятельности в частности усиливается. В этой связи заслуживают особого внимания теоретические взгляды современных специалистов на роль и значение государственного воздействия на сферу предпринимательства. Именно по указанным причинам существенную актуальность приобретают теоретические подходы профессора Е.П. Губина по вопросу о роли государства в регулировании предпринимательской деятельности и отношений несостоятельности. Так, по мнению Е.П. Губина, «необходимо учитывать, что воздействие государства на бизнес должно осу-

ществляться исключительно через право, которое обеспечивает перевод усилий государства, применяемых им средств в плоскость практической деятельности. Эффективность средств государства зависит от эффективности правовых инструментов. Правовые нормы, закрепленные в соответствующих формах права, выступают основными инструментами правового регулирования. При этом ошибочно подменять нормативно-правовое регулирование судебным регулированием, когда основным инструментом права становятся позиции судов, зачастую разнящиеся по поводу одного и того же вопроса»[743]. Кроме того, Е.П. Губин в своей работе «Государство и бизнес в условиях правовых реформ» отмечает, что «специфика предпринимательского права, правового регулирования предпринимательской деятельности, а также предпринимательского законодательства находит выражение в сочетании, взаимодействии частноправовых и публично-правовых интересов, частноправовых и публично-правовых средств, частноправовых и публично-правовых отношений. Именно в этом и заключаются особенности предпринимательского права, правового регулирования предпринимательской деятельности с точки зрения деления права на частное и публичное»[744]. Указанные подходы особенно актуальны для сферы несостоятельности субъекта предпринимательства. При этом следует учитывать, что природа института несостоятельности (банкротства) имеет комплексный характер, а природа управления в сфере финансового оздоровления и банкротства, его отраслевая правовая принадлежность являются предметом дискуссий как в научной среде, так и в правоприменительной практике. Учитывая это, постоянно возникают вопросы о соотношении и уровне доминирования публичного и частного права в отношениях финансовой несостоятельности, о специфике и объеме государственно-правового регулирования отношений, связанных с несостоятельностью, о сочетании ме-

[743] *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 23–30.

[744] Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Норма, ИНФРА-М, 2017.

тодов координации и субординации и возможном преобладании одного из них[745].

При этом если учитывать мнение профессора Е.П. Губина, что свобода и право — близкие, но не совпадающие категории, так как свобода — понятие более широкое, то можно сделать вывод, что одна из задач права состоит в том, чтобы создать такой правовой режим деятельности субъектов экономики и предпринимательства, который обеспечит баланс интересов участников экономических отношений и их защиту, ликвидирует социальное неравенство[746].

Все это позволяет сделать вывод, что процессы функционирования и правового регулирования отношений в сфере несостоятельности (банкротства) в современных правовых системах невозможны без их внешнего государственного регулирования, так как институт банкротства является результатом разбалансированности публичных и непубличных денежных обязательств и, как следствие этого, неспособности должника и его кредиторов самостоятельно позитивно урегулировать данные правоотношения. Поэтому возникает потребность во «внешнем» урегулировании правоотношений должника с его кредиторами. Именно данную функцию и выполняет механизм государственного регулирования сферы несостоятельности (банкротства), который «по своей природе призван, с одной стороны, противостоять индивидуальным интересам отдельных лиц, а с другой — обеспечить баланс интересов этих лиц, а также стабильность рынка в целом»[747]. В этом и проявляется особая социальная значимость института несостоятельности и публично-правовая цель его функционирования. При этом к одной из особенностей правового регулирования отношений несостоятельности следует отнести «разумность сочетания частноправовых и публично-правовых средств

[745] *Губин Е.П.* Теория и практика правового регулирования предпринимательской деятельности: соотношение и взаимосвязь // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 3–9.

[746] *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности // Предпринимательское право. 2015. № 4. С. 4–5.

[747] *Карелина С.А.* Механизм правового регулирования отношений несостоятельности (банкротства). М., 2008. С. 11.

и формирования критериев соразмерности применения публично-правовых средств и цели правового регулирования»[748]. Следует согласиться с Е.П. Губиным в том, что создание эффективного государственно-правового механизма в сфере банкротства невозможно без анализа правовой действительности и исследования результатов комплексного нормативно-организационного воздействия права на общественные отношения при помощи системы различных юридических средств и правового режима их применения. Ведь «основное предназначение государства состоит не в том, чтобы все запретить, ограничить и отрегулировать, как думают некоторые экономисты и юристы. Экономические отношения столь разнообразны, что реализовать подобную идею все равно не получится. Подтверждением сказанного может служить история великого эксперимента, связанного с созданием социалистической экономики: попытка распланировать и администрировать все сферы жизни страны — провалилась»[749]. Развивая теорию о роли и месте государственного регулирования в сфере современных предпринимательских отношений, Е.П. Губин отмечает, что «подчеркивая объективный характер участия государства в экономике и предпринимательстве, мы говорим о том, что основной задачей государства в сфере бизнеса является не его вмешательство в рыночные отношения (хотя и это иногда необходимо), а способствование развитию бизнеса, защите, с одной стороны, интересов общества, каждого гражданина в отдельности от недобросовестных предпринимателей, а с другой стороны, предпринимателей от необоснованного нарушения их прав, в том числе и со стороны государства, в создании и обеспечении свободы предпринимательской деятельности»[750]. При этом следует учитывать, что в современной юридической литературе все еще распространено мнение о том, что институт банкротства — это средство при-

[748] Там же. С. 11.

[749] *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности // Предпринимательское право. 2015. № 4. С. 7–8.

[750] Подробнее см.: *Губин Е.П.* Правовая политика в сфере рыночной экономики: теория и практика // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2012. № 6.

нудительной ликвидации финансово несостоятельного должника и в связи с этим относится исключительно к науке гражданского права. Однако банкротство можно рассматривать не только как механизм ликвидации, а как средство регулирования и механизм разрешения экономических конфликтов. Для того чтобы яснее разобраться в экономическом конфликте как правовой категории и выявить его отличие от смежных явлений, необходимо определить границы конфликта и способ его разрешения, а также его внешние пределы в пространстве и во времени и роль государства в этих процессах.

В современном обществе разнообразие интересов кредиторов и должников делает невозможным их функционирование без «той или иной степени внутренней напряженности, межличностных и межгрупповых столкновений, то есть без конфликтов»[751]. Конфликт в сфере экономических отношений служит самым распространенным и наиболее эффективным способом выявления и разрешения противоречий. Если отношения и интересы участников рынка вызывают напряжение, переходящее в открытое противоборство, то, естественно, этому противоборству рано или поздно должен прийти конец. Конфликт и его последующее управленческое разрешение являются одним из путей выхода из сложившегося противоречия интересов сторон. При таком подходе к позитивной оценке места и роли (функций) конфликта следует дать ответ на вопрос: хорошо или плохо, что существует конфликт? Отвечая на данный вопрос, следует дифференцировать все конфликты в экономической сфере по критерию социальной полезности на конфликты полезные и конфликты вредные[752]. Различия между полезными и вредными конфликтами заключаются в правовой необходимости и экономической неизбежности первых, проявляющейся в нормальном позитивном противоречии между субъектами любой экономической системы и в отсутствии «естественности противоречий интересов», вытекающих из правомер-

[751] См.: *Кибанов А.Я., Ворожейкин И.Е., Захаров Д.К., Коновалова В.Г.* Конфликтология: учебник. М., 2006. С. 86.

[752] *Осипенко О.В.* Конфликты в деятельности органов управления акционерных компаний. М., 2007. С. 5.

ной деятельности субъектов в социально вредных конфликтах[753]. В противовес этому поводы для социально вредных конфликтов создаются искусственно, специально, с заведомо противоправной целью[754]. Учитывая это, видим принципиальное различие в правовом регулировании данных видов конфликтов. Конфликты социально вредные невозможно сгладить ввиду негативной установки и антагонистических интересов участников. У сторон социально вредного конфликта отсутствуют общая цель и принципиальная возможность достижения компромисса. В противовес этому у сторон социально полезного конфликта существует реальная возможность достижения компромисса интересов, а также имеются технико-правовые механизмы сглаживания негативных последствий конфликта юридическими средствами. Для общества крайне важно создать условия для того, чтобы субъекты права самостоятельно разрешали социально полезные конфликты, а при отсутствии соответствующего намерения сторон это намерение должно быть им императивно вменено государством. Следовательно, в социально полезный конфликт органы государственной власти не должны вмешиваться без соответствующей просьбы хотя бы одной из сторон. С социально вредными конфликтами и условиями их формирования необходимо бороться, используя при этом всю мощь государственного аппарата. При этом общей целью правового регулирования конфликтов в экономической сфере являются:

1) защита публичных интересов;

2) обеспечение общей экономической стабильности;

3) поддержание законности и правопорядка.

Таким образом, с нашей точки зрения, *конфликт в экономической сфере* — это не отклоняющееся от нормы временное явление, а постоянный и даже необходимый компонент всех социальных,

[753] *Филиппова С.Ю.* К вопросу о понятии корпоративного конфликта // Российская юстиция. 2009. № 12. С. 33.

[754] Примерами социально вредных конфликтов являются гринмейл (корпоративный шантаж), рейдерство (корпоративный захват), корпоративное пиратство (приобретение доли или прав участия, не связанных с обладанием долей через получение голосов по доверенностям), метод правовой атаки (массовая подача заведомо ложных или бессмысленных исков).

экономико-правовых отношений. Приведенная точка зрения опирается на взгляды Т. Гоббса, Г.В.Ф. Гегеля, К. Маркса, М. Вебера, А. Шопенгауэра, согласно которым факт любого дефицита управленческого решения в сложной системе сам по себе достаточен, чтобы вызвать конфликт. Каждый субъект в любой группе пытается увеличить свою долю дефицитных ресурсов и, если необходимо, за счет других субъектов. Отсюда можно сделать вывод, что именно экономические конфликты служат постоянным фактом, влияющим на качество регулирования любой системы и группы отношений.

«Для реального мира, — писал Р. Дарендорф, — необходимо пересечение различных взглядов, конфликтов, изменений. Именно конфликт и изменения дают людям свободу; без них свобода невозможна»[755]. По мнению Л. Козера, конфликт внутри группы может способствовать ее сплочению или восстановлению единства. Поэтому внутренние конфликты, затрагивающие только такие цели, ценности и интересы, которые не противоречат принятым основам внутригрупповых отношений, как правило, носят функционально-позитивный характер[756]. В конце концов, общеизвестен тезис о том, что конфликт — нормальное состояние современного общества[757].

Состояние конфликта полезно тем, что так или иначе он разрешает определенные противоречия. Но при этом неизбежно возникает вопрос: *какой ценой это происходит*? Плохо, если это происходит путем разрушения или серьезного повреждения системы, а то и посредством уничтожения одной из сторон. Что если объективно существующее противоречие не доводит все элементы системы управления до конфликта, а устраняет его властными (императивными) предписаниями? Обоснован ли вопрос: какова полезность управленческих конфликтов? С нашей точки зрения, о полезности конфликтов можно говорить и в достаточно ши-

755 *Darendorf R.* The modern social conflict. London, 1988. P. 87.

756 *Coser L.A.* The function of conflict. Sociological. London, 1957. P. 199.

757 См.: *Кудрявцев В.Н.* Юридическая конфликтология // Онлайн-библиотека. URL: http://www.koob.ru; Социальные конфликты: экспертиза, прогнозирование, технология решения. Вып. 1. М., 1991. С. 13–15.

роком смысле. Если разрешение противоречий — объективная функция управления, значит ли это, что она совпадает с целями участников (элементов) системы? Ответ может быть следующим: нет, не значит или, во всяком случае, не всегда. Последнее замечание означает, в частности, что если целью одной из сторон конфликта может быть действительно устранение противоречия (причем именно в ее пользу), то целью другой стороны вполне может быть сохранение статус-кво, уклонение от конфликта либо разрешение противоречия без противоборства сторон. В любом экономическом конфликте могут быть заинтересованы даже не сами противоборствующие стороны, а третья сила, вольно или невольно провоцирующая конфликт. Поэтому функции экономического (хозяйственного, финансового) конфликта с позиций его участников, как правило, гораздо более многообразны и взаимно противоречивы.

Таким образом, с учетом широкого понимания конфликта, в том числе в экономической сфере, он лишается негативной оценки в качестве непременного неблагоприятного фактора. Конфликты выполняют роль естественного отбора, при котором выживает более грамотный руководитель, а в бизнесе сохраняет свои позиции более компетентный и активный субъект, а государство в целом выигрывает[758].

Достаточно подробное исследование позитивных и негативных сторон социальных конфликтов с учетом теоретических положений о роли и месте государства в предпринимательской сфере, разработанных профессором Е.П. Губиным, позволяет нам сделать следующие выводы: с учетом принципиальной неустранимости конфликта в жизнедеятельности любой сложной системы, в особенности экономической, обсуждать пользу или вред конфликта как такового вряд ли имеет смысл. Конфликт является субъективным проявлением объективной реальности, которая существует вне зависимости от нашего желания и отношения к нему. Следовательно, более правильным подходом будет изучение роли и места конфликта в обществе, определение роли государ-

[758] Корпоративные конфликты: причины их возникновения и способы преодоления / под ред. А.С. Семенова, Ю.С. Сизова. М., 2006. С. 16.

ства в его разрешении в экономической сфере и его признание как существенного элемента социальной жизни. С этой целью мы должны определить конфликт в современной системе хозяйствования как правовое средство, как юридическую категорию.

Таким образом, отличительной особенностью отношений сферы финансовой несостоятельности как в России, так и в зарубежных странах является наличие *конфликта интересов их участников*, в результате чего возникает объективная потребность во властном и независимом государственно-правовом управлении данными процессами со стороны специализированных государственных органов.

Именно по указанным причинам приобретают особую значимость выводы профессора Е.П. Губина о том, что усиление роли государства возможно и необходимо, но при установлении четких и понятных всем правил, с использованием законных механизмов, а «использование неадекватных методов, различных силовых институтов государства, минуя установившийся порядок и нарушая закрепленные в праве принципы, наносит существенный вред развитию отношений в сфере предпринимательства и хозяйственного оборота в целом»[759].

Библиография:

1. *Губин Е.П.* Государство и бизнес в условиях правовых реформ // Журнал российского права. 2015. № 1.
2. *Губин Е.П.* Правовая политика в сфере рыночной экономики: теория и практика // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2012. № 6.
3. *Губин Е.П.* Правовое обеспечение свободы экономической деятельности // Предпринимательское право. 2015. № 4.
4. *Губин Е.П.* Теория и практика правового регулирования предпринимательской деятельности: соотношение и взаимосвязь // Предпринимательское право. 2018. № 1.

[759] *Губин Е.П.* Государственное регулирование отношений в сфере нефтегазового комплекса России: правовые вопросы // Энергетическое право. 2006. № 2.

5. *Карелина С.А.* Механизм правового регулирования отношений несостоятельности (банкротства). М., 2008.
6. Корпоративные конфликты: причины их возникновения и способы преодоления / под ред. А.С. Семенова, Ю.С. Сизова. М., 2006.
7. *Осипенко О.В.* Конфликты в деятельности органов управления акционерных компаний. М., 2007.
8. *Филиппова С.Ю.* К вопросу о понятии корпоративного конфликта // Российская юстиция. 2009. № 12.
9. *Darendorf R.* The modern social conflict. London, 1988.
10. *Coser L.A.* The function of conflict. Sociological. London, 1957.

3.15. Системно значимые кредитные организации (СЗКО) и предупреждение несостоятельности (банкротства) кредитных организаций[760]

Аннотация. В статье рассматривается такое явление, как системно значимые кредитные организации. Анализируются причины их возникновения, а также эволюция их регулирования в России и зарубежных странах. Делается вывод о том, что данные субъекты, а также средства банковского регулирования их деятельности являются по своей природе антикризисными. Этим обусловлена и специфика механизма предупреждения их несостоятельности (банкротства).
Ключевые слова: кредитная организация, банк, системно значимая кредитная организация, антикризисное регулирование, банковское регулирование, предупреждение несостоятельности (банкротства), фонд консолидации банковского сектора.

Annotation. The article deals with such phenomenon as systemically significant credit organizations. The causes of their occurrence, as well as the evolution of their regulation in Russia and foreign countries are analyzed. It is concluded that these subjects, as well as the means of banking regulation of their activities are by nature anti-crisis. This is due to the specifics of the mechanism for preventing their insolvency (bankruptcy).
Keywords: credit institution, Bank, systemically significant credit institution, crisis management, banking regulation, prevention of insolvency (bankruptcy), the consolidation Fund of the banking sector.

Одним из следствий мирового финансово-экономического кризиса стала новая архитектура банковских систем многих стран. Появилась категория системно значимых кредитных организаций, которые, с одной стороны, подлежат более строгому банковскому надзору, а с другой стороны, государства принимают усилия для недопущения их банкротств.

Так, еще в кризисный период 2008 г. был принят ряд программных документов, которые несколько изменили приори-

[760] Статья написана с использованием СПС «КонсультантПлюс».

тетные направления государственной политики в банковской сфере. Как отмечается в Программе антикризисных мер Правительства РФ на 2009 г.[761], в рамках обеспечения устойчивости финансовой системы Правительство РФ действовало по трем основным направлениям. Первое — расширение ресурсной базы и повышение ликвидности всей финансовой системы, второе — повышение доступности банковского кредитования для предприятий реального сектора, и третье — обеспечение санации банков, испытывающих трудности, но важных с точки зрения общей устойчивости банковской системы. Антикризисный план правительства РФ 2015 г.[762] также во многом был ориентирован на поддержку крупных системно значимых кредитных организаций (СЗКО).

Само явление системно значимого кредитного института как объекта специального регулирования появилось как на международном уровне, так и на национальном уровне после 2008 г., когда тезис о большом банке как безрисковом банке был разрушен. Наоборот, пришло понимание, что такая концентрация при необходимости соблюдения минимального размера собственных средств банка на уровне 10–11 % (как рекомендовано Базельским комитетом по банковскому надзору) ведет к серьезной концентрации основных банковских рисков. Поэтому традиционный подход центральных банков к таким крупнейшим банкам, состоящий в лояльном отношении с точки зрения выполнения надзорных требований, может не снизить, а увеличить соответствующие банковские риски.

Поэтому для крупнейших банков необходимо применять специальное банковское регулирование. Если финансовые проблемы начинаются у банка, слишком большого для банкротства, то у регулятора и государства, по существу, не остается другого способа обеспечить стабильность уже всей банковской системы, кроме как финансово поддержать такой банк. Говорить в такой ситуации о рыночных механизмах регулирования уже не приходится.

[761] Российская газета. 2009. № 48.

[762] План первоочередных мероприятий по обеспечению устойчивого развития экономики и социальной стабильности в 2015 году (утв. Распоряжением Правительства РФ от 27.01.2015 № 98-р) // СЗ РФ. 2015. № 5. Ст. 866.

В период кризиса таких примеров было несколько: российский «Связь-банк», американские Merrill Lynch, GP Morgan, Citigroup, английский ипотечный банк Northern Rock и др. В Исландии вообще правительство фактически национализировало банки.

Таким образом, поскольку «системообразующие» банки являются источниками рисков для всей банковской системы, то к ним необходимо применять более жесткие, а не более лояльные пруденциальные требования и уделять больше надзорного внимания, чем всем остальным. Исходя из такого понимания, необходимо совершенствовать нормативные акты в области банковского регулирования и надзора. Сегодня можно констатировать общую международную тенденцию по закреплению на нормативном уровне отдельной категории «системообразующих» или «системно значимых банков», которые подлежат, с одной стороны, особому банковскому надзору, а с другой стороны, являясь, как правило, too big to fail, налагают на государства и регуляторов обязанность по предотвращению их банкротств[763]. Так, целый ряд средств, предполагающих привлечение третьих лиц для покрытия обязательств банка на грани банкротства, был предусмотрен еще на уровне «Ключевых атрибутов эффективного урегулирования несостоятельности финансовых институтов»[764] (далее — Ключевые атрибуты), разработанных Советом по финансовой стабильности и одобренных лидерами «Группы 20» на саммите 3—4 ноября 2011 г. в Каннах. Банк России также в своих документах в целом ряде случаев ссылается на данный документ. В частности, на базе Ключевых атрибутов Банком России были разработаны Методические рекомендации по разработке планов восстановления финансовой устойчивости (письмо Банка России от 29 декабря 2012 г. № 193-Т[765]).

[763] Подробнее о санации системно значимых банков см.: Лаутс Е.Б. Правовые аспекты финансового оздоровления банков в современных экономических условиях // Юридическая работа в кредитной организации. 2015. № 2. С. 95–105.

[764] Оригинальный текст документа Key Attributes of Effective Resolution. Regimes for Financial Institutions опубликован на официальном сайте СФС в сети «Интернет» по адресу: www.financialstabilityboard.org

[765] Вестник Банка России. 2013. № 1.

Как отмечают А.Г. Гузнов и Т.Э. Рождественская, «Ключевые атрибуты разделяют все финансовые институты на системно значимые финансовые институты (СЗФИ) и иные. Первые занимают особое место в финансовой системе не только из-за своего размера, но и характера выполняемых функций. В каком-то смысле идея Ключевых атрибутов — видоизменение старой концепции too big to fail (“слишком большой, чтобы быть обанкроченным”). Только теперь эта концепция может звучать как too important to fail (“слишком важный, чтобы быть обанкроченным”)»[766].

Таким образом, можно сделать вывод о том, что ***системно значимые финансовые институты, являясь данностью современного финансового рынка и рынка банковских услуг, являются ключевыми объектами антикризисного регулирования.***

Как известно, в США во многом использование государством в период кризиса на спасение банков в общей сложности около 10 % ВВП стало причиной разработки и принятия Закона Додда — Франка о реформе Уолл-стрит и защите потребителей. Основной идеей закона стал запрет использования средств налогоплательщиков для предотвращения ликвидации банков. «Законом запрещается выкуп государством долгов банков и иные формы нерыночного предотвращения их ликвидации, какими бы крупными и значимыми они ни являлись». С другой стороны, вводится механизм «упрощенной ликвидации», которая предполагает передачу активов посредством Федеральной корпорации страхования депозитов (ФКСД) частным инвесторам и ликвидацию «плохой» их части[767].

Летом 2018 г. в США принят Закон об экономическом росте, смягчении регулирования и защите прав потребителей[768]

[766] *Гузнов А.Г., Рождественская Т.Э.* Организации финансового рынка и финансово-правовые механизмы урегулирования их несостоятельности: монография. М., 2016.

[767] См.: *Калитов Д.Е.* Участие государства в предупреждении банкротства банков в Соединенных Штатах Америки // Банковское право. 2013. № 5. С. 41–52.

[768] URL: https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/2155

(Economic Growth, Regulatory Relief, and Consumer Protection Act). Основным положением данного закона явилось увеличение значения совокупных активов с 50 до 250 млрд долларов США для признания финансовых институтов системно значимыми (systemically important financial institution — SIFI)[769]. Как отмечает международное рейтинговое агентство Moody's, велика вероятность, что для 21 банка США, признанных на текущий момент системно значимыми, с активами от 100 до 250 млрд долларов США, более высокое пороговое значение для квалификации в качестве системно значимого финансового института приведет к ослаблению управления рисками и более рискоориентированной стратегии управления капиталом, а также к неучастию указанных финансовых институтов в стресс-тестировании Федеральной резервной системы (ФРС) и составлении планов урегулирования несостоятельности[770]. Так, ФРС и ФКСД был продлен до 31 декабря 2018 г. срок предоставления планов по урегулированию несостоятельности для 19 иностранных банковских организаций и двух национальных банковских холдинговых компаний. Согласно Закону Додда — Франка данные планы должны содержать описание стратегий быстрого и упорядоченного процесса урегулирования финансовой несостоятельности. В числе 19 иностранных банковских организаций, которые должны представить соответствующие планы в отношении банковских операций, проводимых в США, относятся: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Banco Santander, S.A., Bank of China Limited, Bank of Montreal, BNP Paribas, BPCE, Coöperatieve Rabobank U.A., Crédit Agricole, S.A., HSBC Holdingsplc, Industrialand Commercial Bank of China Ltd., Mitsubishi UFJ Financial Group, Inc., Mizuho Financial Group, Inc., Royal Bank of Canada, Société Générale, Standard Chartered PLC, Sumitomo Mitsui Financial Group, Inc., The Bank of Nova Scotia, The Norinchukin

[769] Минимальное пороговое значение для признания финансового института системно значимым в размере 50 млрд долл. США было введено еще Законом Додда — Франка в 2010 г.

[770] URL: https://www.moodys.com/researchdocumentcontentpage.aspx?docid=PBC_1116842

Bank and The Toronto-Dominion Bank. Что касается национальных банковских холдинговых компаний, то это CIT Group, Inc. и Citizens Financial Group, Inc[771].

В рамках Европейского банковского союза в ноябре 2014 г. был запущен единый европейский механизм банковского надзора, в связи с чем ключевые функции банковского надзора за деятельностью «значимых» крупных банков, находящихся в еврозоне, были переданы Европейскому центральному банку. Критерии значимости банка учитывают размер кредитной организации, ее значение для экономики Европейского союза или участвующего в реализации механизма государства, а также осуществление трансграничной деятельности. Таким образом, под действие единого европейского механизма банковского надзора попало около 130 банков, активы которых составляют более 80 % всего европейского банковского рынка. Деятельность других банков продолжает контролироваться национальными контролирующими органами, однако Европейский центральный банк имеет право осуществлять надзор и контроль за ними (другими банками) в качестве высшей инстанции[772].

Позже Европейское банковское управление (EBA) опубликовало обновленные данные, используемые для определения глобальных системно значимых институтов. Данные по 12 показателям опубликованы по состоянию на конец 2016 г. для 35 крупнейших институтов ЕС с объемом активов под риском свыше 200 млрд евро. В 2015 г. в выборку входило 36 институтов. Данное исследование показало, что:

— объем сделок с внебиржевыми деривативами снизился на 8 % с 2015 г. и на 28 % с 2013 г.;

[771] URL: https://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/bcreg20170808a.htm

[772] См.: *Козлов С.В., Козлова Д.Д.* Правовые основы и реформа банковского надзора в Германии и Европейском союзе // Предпринимательское право. 2015. № 3. С. 52–56; *Sven G. Mickisch, William J. Sweet, Jr.,* Patrick Brandt European Central Bank Publishes Final List of ‘Significant Supervised Entities’ in Preparation for Banking Union // Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP. September 12, 2014. URL: http://www.skadden.com/insights/european-central-bank-publishes-final-list-significant-supervised-entities-preparation-bank

— объем торгуемых ценных бумаг и ценных бумаг, доступных для продажи, снизился на 7 % с 2015 г. и на 33 % с 2013 г.;
— объем активов под риском, включаемых в расчет коэффициента левериджа[773], в 2016 г. составил 24,6 трлн евро, снизившись на 2,1 %[774].

Указанные показатели наглядно демонстрируют в целом ***снижение объема операций с повышенным уровнем риска для СЗКО, что в целом и является основной задачей их антикризисного банковского регулирования.***

В России, как известно, также введена категория системно значимых кредитных организаций. Основными направлениями их регулирования явились не только позитивные моменты, связанные с поддержкой государства в случае проблем с финансовой устойчивостью, задействование механизма финансового оздоровления в случае угрозы несостоятельности (банкротства), но и некоторые усиленные элементы надзорной нагрузки с учетом факторов дополнительных концентрированных рисков. В частности, речь идет о необходимости соблюдать показатель краткосрочной ликвидности. Как указывают эксперты, «введение критериев национальных системно значимых банков запланировано в рамках процесса перехода банковской системы на стандарты Базеля III. Это возможность предъявления к этим банкам требований по буферам капитала, стресс-тестирования, восстановления собственной деятельности в критических ситуациях»[775].

---

773 В России также в рамках рекомендаций Базельского комитета по банковскому надзору (Базель III) в дополнение к показателю достаточности капитала, рассчитываемому с учетом уровня рисков, принимаемых банками, введен показатель левериджа, определяемого как отношение величины капитала к совокупной величине активов и внебалансовых позиций без учета уровня риска по ним, т. н. норматив финансового рычага, введенный в расчет норматива достаточности капитала банков в 2018 г. (Инструкция Банка России от 28.06.2017 № 180-И «Об обязательных нормативах банков» // ВБР. 2017. № 65)

774 URL: http://www.eba.europa.eu/-/the-eba-updates-data-used-for-the-identification-of-global-systemically-important-institutions-g-siis-

775 URL: www.newsru.com/finance/04sep2014/sistemnoznach.html

В развитие пруденциального регулирования принято Указание Банка России от 22 июля 2015 г. № 3737-У «О методике определения системно значимых кредитных организаций»[776], согласно которому устанавливается методика определения системно значимых кредитных организаций, в том числе количественные показатели, критерии определения системно значимых кредитных организаций и порядок определения Банком России кредитных организаций в качестве системно значимых.

В числе других критериев для определения системно значимых банков учитывается размер кредитной организации (по величине балансовых активов, условных обязательств кредитного характера, производных финансовых инструментов, от которых ожидается получение экономических выгод).

Для признания банка системно значимым, в частности, используется критерий, установленный Законом о Банке России[777], согласно которому размер активов кредитной организации составляет 50 и более миллиардов рублей и/или размер средств, привлеченных от физических лиц на основании договоров банковского вклада и договоров банковского счета, составляет 10 и более миллиардов рублей.

Согласно ст. 24 Закона о банках[778] кредитные организации по требованию Банка России разрабатывают и представляют планы восстановления финансовой устойчивости, предусматривающие, в том числе, меры по обеспечению соблюдения требований нормативных актов Банка России, а также вносят изменения в планы восстановления финансовой устойчивости, обеспечивающие соблюдение требований к их содержанию.

Кредитные организации, определенные в качестве системно значимых на основании методики, установленной Указанием Банка России № 3737-У в соответствии с Законом о Банке Рос-

[776] ВБР. 2015. № 71.

[777] Федеральный закон от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» // СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790.

[778] Федеральный закон от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (в редакции Федерального закона от 03.02.1996 № 17-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР “О банках и банковской деятельности в РСФСР”») // СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

сии, обязаны разрабатывать и представлять в Банк России планы восстановления финансовой устойчивости, а также вносить изменения в планы восстановления финансовой устойчивости. СЗКО делают это в обязательном порядке.

На базе создания специального Департамента Банка России по надзору за системно значимыми кредитными организациями предполагалось отнести к таковым около 50 банков, исходя из 4/5 совокупных активов банковского сектора или около 80 % активов банковского сектора. Затем в сентябре 2014 г. было определено 19 банков, которые получат статус системно значимых. Наконец, 15 июля 2015 г. Банк России опубликовал перечень десяти системно значимых кредитных организаций, который затем в сентябре 2017 г. был увеличен еще на одну кредитную организацию.

Согласно информации Банка России, с учетом критериев международной активности он разработал подходы к определению системно значимых кредитных организаций, на которые будут в том числе распространяться требования к соблюдению показателя краткосрочной ликвидности и дополнительные требования к достаточности капитала в соответствии с Базелем III. В соответствии с указанными подходами в перечень системно значимых кредитных организаций входят одиннадцать кредитных организаций (таблица).

№ п/п	Сокращенное наименование кредитной организации
1.	АО «ЮниКредит Банк»
2.	Банк «ГПБ» (АО)
3.	Банк «ВТБ» (ПАО)
4.	АО «АЛЬФА-БАНК»
5.	ПАО «Московский Кредитный Банк»
6.	ПАО «Сбербанк России»
7.	ПАО Банк «ФК Открытие»
8.	ПАО АКБ «РОСБАНК»
9.	ПАО «Промсвязьбанк»
10.	АО «Райффайзенбанк»
11.	АО «Россельхозбанк»

По данным Банка России на указанные кредитные организации (включая российские кредитные организации — участники соответствующих банковских групп) приходится свыше 60 % активов российского банковского сектора[779].

В качестве одного из ключевых направлений регулирования СЗКО является приоритетное предотвращение их несостоятельности (банкротства) с учетом норм Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»[780].

Финансовые проблемы уже затронули две системно значимые кредитные организации. В конце августа 2017 г. Банк России объявил о санации ПАО Банк «ФК Открытие» и о введении в кредитную организацию временной администрации. В качестве основных причин данного шага назывались попытка ФК «Открытие» приобрести крупнейшего игрока на убыточном рынке ОСАГО — компанию «Росгосстрах», а также не совсем удачная санация банка «Траст». Банк России утвердил план участия в осуществлении мер по предупреждению банкротства ПАО Банк «ФК Открытие», предусматривающий докапитализацию банка и предоставление ему средств на поддержание ликвидности[781]. Таким образом, «крупнейший частный банк», как называют ФК «Открытие», стал первым случаем санации с использованием нового механизма Банка России посредством созданного в 2017 г. Фонда консолидации банковского сектора (ФКБС). Процедура санации ФК «Открытие» была закончена в начале 2018 г. В декабре 2017 г. еще одна системно значимая кредитная организация, ПАО «Промсвязьбанк», начала санироваться с использованием механизма ФКБС. Санация банка завершилась во второй половине 2018 г. При этом в качестве дальнейшей стратегии развития данной СЗКО предполагается сделать ее в каче-

[779] См.: Информация Банка России от 15.07.2015 «О мерах по реализации Базеля III и о регулировании деятельности системно значимых банков». URL: www.cbr.ru

[780] СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

[781] См.: *Бондаренко М., Пошутинская Е.* ЦБ составил план по предупреждению банкротства «Открытия» // РБК. 2017. 15 сент. URL: http://rbc.ru/finances/15/09/2017/59bc0b709a79474a807f128b

стве основной для обслуживания государственного оборонного заказа и кредитования организаций оборонно-промышленного комплекса, попавших под санкции.

Хотя в целом Банком России в рамках нового механизма предупреждения банкротства банков с использованием ФКБС применяются те же инструменты, что и АСВ в части предупреждения банкротства банка и в части урегулирования обязательств банка, тем не менее имеются некоторые особенности более новой меры предупреждения банкротства банков с участием Банка России. Она введена в качестве очередного этапа развития хорошо работающей системы предупреждения банкротства крупных банков: приоритетно, но не обязательно являющихся системно значимыми. Одновременно эта мера была призвана снять ряд вопросов, возникавших в отношении системы предупреждения банкротства с участием АСВ у авторитетных международных организаций в финансовой сфере. Это вопросы финансирования мероприятий по предупреждению банкротства и урегулированию обязательств банка, возникшие в том числе по причине пристального внимания к ним авторитетных международных органов[782]. Так, одним из следствий учета данных рекомендаций Совета по финансовой стабильности (СФС) можно назвать принятие Федерального закона от 1 мая 2017 г. № 84-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»[783], наделившего Банк России функцией предупреждения банкротства банков. Данный закон, как было отмечено, предусматривает введение нового субъекта, осуществляющего санацию банков (помимо АСВ), — Управляющей компании ФКБС, также создаваемой при Банке России. Предполагается, что при участии данной Управляющей компании финансирование мероприятий по восстановлению платежеспособности банков станет менее затратным и более прозрачным с точки зрения участия банков-инвесторов. Капитал проблемно-

[782] Обзор российского финансового сектора Совета по финансовой стабильности в феврале 2015 г. URL: http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/Russia-peer-review-report-final.pdf

[783] СЗ РФ. 2017. № 18. Ст. 2661.

го банка первоначально санируется при участии Управляющей компании ФКБС, принадлежащей Банку России, и только затем восстановленный банк будет предлагаться к покупке инвесторам. Как отмечает Г.Ф. Ручкина, «действительно, новый подход представляется менее затратным, чем предыдущий, когда спасением проблемных банков занимались инвесторы (среди которых были ПАО Банк "ФК Открытие", ПАО "БИНБАНК", ПАО "Промсвязьбанк") на средства, предоставленные Агентством по страхованию вкладов. При этом из 30 последних санаций 10 закончились тем, что сами санаторы признавались банкротами или были санированы (среди них — ПАО Банк "ФК Открытие", ОАО "АКБ "Пробизнес-банк", ПАО "Татфондбанк", ПАО "БИНБАНК", ПАО "Промсвязьбанк")»[784].

Меры по предупреждению банкротства банка с участием Банка России осуществляются на основании утвержденного Советом директоров Банка России плана участия Банка России в осуществлении мер по предупреждению банкротства банка.

Согласно ст. 75 Закона о Банке России при осуществлении мер по предупреждению банкротства кредитных организаций Банк России на основании решения Совета директоров за счет денежных средств, составляющих Фонд консолидации банковского сектора, вправе:

1) приобретать акции (доли в уставном капитале) кредитных организаций, в отношении которых осуществляются меры по предупреждению банкротства, в том числе по цене выше их номинальной стоимости;

2) предоставлять кредитным организациям, в отношении которых осуществляются меры по предупреждению банкротства, субординированные кредиты (депозиты, займы, облигационные займы). Права требования Банка России по субординированным кредитам (депозитам, займам, облигационным займам) могут передаваться им в доверительное управление Управляющей компании ФКБС;

---

[784] *Ручкина Г.Ф.* Реализация нового механизма санации банков: правовые и организационные аспекты // Банковское право. 2018. № 1. С. 7–15. СПС «КонсультантПлюс».

3) предоставлять кредитным организациям, в отношении которых осуществляются меры по предупреждению банкротства, кредиты, размещать депозиты, выдавать банковские гарантии. Права (требования) Банка России по кредитам (депозитам, банковским гарантиям) могут передаваться им в доверительное управление Управляющей компании ФКБС;

4) осуществлять продажу приобретенных акций (долей в уставном капитале) кредитных организаций, в отношении которых осуществляются меры по предупреждению банкротства, в том числе по цене ниже цены их приобретения Банком России;

5) приобретать и отчуждать приобретенное имущество (имущественные права) кредитных организаций, в отношении которых осуществляются меры по предупреждению банкротства, а также права (требования) к кредитным организациям, в отношении которых осуществляются меры по предупреждению банкротства;

6) предоставлять Управляющей компании ФКБС кредит для финансирования урегулирования обязательств банка в случае привлечения ее Банком России для осуществления мероприятий, предусмотренных планом участия Банка России в урегулировании обязательств банка;

7) передавать в доверительное управление, в том числе для формирования паевого инвестиционного фонда, Управляющей компании приобретенные Банком России акции (доли в уставном капитале), имущество (имущественные права) кредитных организаций, в отношении которых осуществляются меры по предупреждению банкротства, права (требования) к кредитным организациям, в отношении которых осуществляются меры по предупреждению банкротства, и/или к кредитным организациям, выступающим инвесторами последних, а также денежные средства.

Таким образом, в настоящее время предусмотрено значительное количество способов осуществления предупреждения банкротства банков с участием Банка России посредством Управляющей компании ФКБС. Однако было бы неверным утверждать, что данными изменениями законодатель смог в полной мере

учесть международные рекомендации СФС в части смещения акцента с затрат государства и Банка России на санацию проблемных системно значимых банков. Так, Закон о Банке России (ст. 46) был дополнен правом Банка России принимать решение о продлении срока действия кредитного договора, в соответствии с которым АСВ предоставлен кредит без обеспечения, на срок до пяти лет. Что касается мер по предупреждению банкротства с участием Банка России и по урегулированию обязательств банка, то они осуществляются за счет денежных средств, составляющих Фонд консолидации банковского сектора.

Как и в иных случаях, связанных с предупреждением банкротства, в особенности крупных, системно значимых банков, можно наблюдать абсолютную экстраординарность действия антикризисного законодательства. В рассматриваемом случае данная черта антикризисного законодательства проявляется в исключениях из законодательных требований при осуществлении Управляющей компанией своей деятельности по управлению ФКБС.

В частности, не подлежит применению целый ряд положений Федерального закона от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах»[785].

Итак, можно заметить, что международный финансово-экономический кризис оказал существенное влияние не только на зарубежные банковские системы, но и на структуру российского рынка банковских услуг. Произошло не только увеличение доли государственного участия в совокупных банковских активах, в том числе выделилась категория «особо» или «системно» значимых кредитных организаций, а также холдинговые структуры с их участием.

Если говорить о влиянии на рынок банковских услуг, на банковскую систему, оценивать международные тенденции в данном направлении и особенности банковского регулирования и надзора, то, безусловно, можно констатировать постепенное выделение СЗКО в отдельную группу кредитных организаций с особым правовым статусом. Все эти обстоятельства диктуют необходимость учета особого правового положения данных

[785] СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4562.

субъектов, осознания системности, а не фрагментарности регулирования.

Полагаем, что в настоящее время на международном и национальном уровнях ***можно выделить ключевые средства банковского регулирования в отношении СЗКО, имеющие, как и сам по себе институт СЗКО, антикризисный характер***:

— ***установление надбавки к достаточности базового капитала за системную значимость***[786];
— ***повышенные требования к нормативу краткосрочной ликвидности***[787];
— ***дополнительные требования по стресс-тестированию***[788];
— ***разработка и утверждение планов восстановления собственного финансового положения***[789];
— ***формирование надзорных групп регулятора за банковскими группами и СЗКО***[790];
— ***специфические механизмы предупреждения несостоятельности (банкротства) СЗКО***[791].

К категории «системно значимые банки» можно относиться по-разному. Очевидно лишь то, что существование кредитных организаций с особым статусом — это не будущее, а реальность банковской системы и всего рынка банковских услуг. Поэтому необходимо системное регулирование их правового положения

[786] Указание Банка России от 22.07.2015 № 3737-У «О методике определения системно значимых кредитных организаций» // ВБР. 2015. № 71.

[787] Положение Банка России от 03.12.2015 № 510-П «О порядке расчета норматива краткосрочной ликвидности (“Базель III”) системно значимыми кредитными организациями» // ВБР. 2015. № 122.

[788] Указание Банка России от 15.04.2015 № 3624-У «О требованиях к системе управления рисками и капиталом кредитной организации и банковской группы» // ВБР. 2015. № 51.

[789] Статья 24 Закона о банках и банковской деятельности и ст. 57 Закона о Банке России

[790] Статья 57 Закона о Банке России; Инструкция Банка России от 25.02.2014 № 149-И «Об организации инспекционной деятельности Центрального банка Российской Федерации (Банка России)» // ВБР. 2014. № 23-24; Положение Банка России от 11.04.2016 № 538-П «О территориальных учреждениях Банка России» // ВБР. 2016. № 39.

[791] Статья 24 Закона о банках и банковской деятельности; § 4.1 главы IX Закона о банкротстве.

и деятельности, прозрачное с точки зрения других участников рынка, клиентов, налогоплательщиков. Они играют огромную роль для рынка банковских услуг, а также для обеспечения стабильности соответствующего рынка и защиты прав клиентов.

Представляется, что адекватное правовое регулирование деятельности и организации банковских групп и системно значимых кредитных организаций является одним из интереснейших аспектов антикризисного регулирования рынка банковских услуг: назовем его условно ***«институциональным антикризисным регулированием рынка банковских услуг»***. Полагаем, что сказанное выше подтверждает антикризисный потенциал, присущий адекватному регулированию деятельности системно значимых кредитных организаций. Порожденные усложнением самого рынка финансовых и банковских услуг, регулирование деятельности указанных организаций требует повышенного внимания к уровню рисков и обеспечению самых высоких стандартов прозрачности их деятельности. При этом, ***поскольку надзор за их деятельностью должен быть особенно пристальным, а процедуры санации имеют во многом индивидуальный характер, такие СЗКО сами могут выступать в качестве средств антикризисного регулирования, в том числе антисанкционного***, что наглядно демонстрирует стратегия развития деятельности санированного ПАО «Промсвязьбанк».

Библиография:

1. *Гузнов А.Г., Рождественская Т.Э.* Организации финансового рынка и финансово-правовые механизмы урегулирования их несостоятельности: монография. М., 2016.
2. *Калитов Д.Е.* Участие государства в предупреждении банкротства банков в Соединенных Штатах Америки // Банковское право. 2013. № 5. С. 41–52.
3. *Козлов С. В., Козлова Д. Д.* Правовые основы и реформа банковского надзора в Германии и Европейском союзе // Предпринимательское право. 2015. № 3. С. 52–56.
4. *Ручкина Г.Ф.* Реализация нового механизма санации банков: правовые и организационные аспекты // Банковское право. 2018. № 1. С. 7–15.

3.16. Особенности правового режима банковской тайны

Аннотация. Настоящая статья посвящена рассмотрению правового режима банковской тайны и особенностям его правового регулирования. Автором проанализированы нормы действующего законодательства в сфере банковского, конкурентного, налогового права, а также судебно-арбитражная практика по рассмотрению споров о распространении сведений, составляющих банковскую тайну.
Ключевые слова: информация, информационное отношение, правовое регулирование, банковская тайна.

Annotation. This article is devoted to the study of the legal regime of banking secrecy and the peculiarities of its legal regulation. The author analyzes the norms of the current legislation in the field of banking, competition, tax law, as well as judicial and arbitration practice for the consideration of disputes on the dissemination of information constituting Bank secrecy.
Keywords: information, information relation, legal regulation, legal relation, bank secrecy.

Информационные преимущества позволяют тем, кто ими владеет, отстаивать собственные интересы в ущерб интересам менее информированных субъектов[792].

В настоящее время рыночная экономика невозможна без информации, информационных и коммуникационных технологий, которые используются и в банковской деятельности. По мнению Е.П. Губина, сбор и предоставление информации, учитывая ее объемы, — технически сложный процесс, требующий

[792] *Якобсон Л.И.* Государственный сектор экономики: экономическая теория и политика. М.: Государственный университет Высшая школа экономики, 2000. С. 138.

значительных материальных и финансовых ресурсов. Каждый участник рынка в отдельности может быть не заинтересован в ее сборе и опубликовании, несмотря на то, что информация может быть необходимым элементом повышения эффективности деятельности участников рынка[793]. Исходя из этого, участникам рынка требуется правовое регулирование экономических отношений, система упорядочения, исходящая от государства[794]. Следовательно, регулируются именно те информационные отношения, которые обладают значимостью для государства и его денежно-кредитной политики.

Информация в банковской деятельности (или банковская информация) представляет собой сведения (сообщения, данные), предоставленные при совершении кредитными организациями банковских операций и сделок, образуя правовые режимы общедоступной информации и информации с ограниченным доступом. Информационные правоотношения, возникающие в связи с предоставлением указанных сведений, достаточно сложны и многоплановы. Важным аспектом является участие в данных информационных отношениях специальных участников банковской системы, которые формируют инфраструктурные основы ее функционирования, например, к таким участникам можно отнести бюро кредитных историй, Агентство по страхованию вкладов и иные организации. Как отмечают в правовой литературе, функционирование данных организаций направлено на обеспечение жизнедеятельности кредитных организаций и банковской системы в целом[795].

---

[793] *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые вопросы / Монография. М.: Юристъ, 2005. С. 19.

[794] По мнению А.Б. Венгерова: «только в сфере управления, прежде всего в сфере управления народным хозяйством, на этапе автоматизации возникают информационные отношения как определенный, относительно самостоятельный вид общественных отношений». См., например: *Венгеров А.Б.* Информационные отношения в управлении народным хозяйством как объект правового регулирования // Ученые записки ВНИИСЗ. 1973. Вып. 29. С. 50; *Яковлев В.Ф.* Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М.: РИЦ ИСПИ РАН, 2000. С. 14.

[795] *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М.* Банковское право Российской Федерации. Учебник / под ред. Б.Н. Топорнина. М.: Юристъ, 2002. С. 257–259.

С практической точки зрения бо́льший интерес вызывает, прежде всего, анализ правового режима информации с ограниченным доступом, так как именно эти сведения обладают специальным правовым режимом и методом воздействия на складывающиеся отношения в силу ценности информации. В большинстве случаев в банковской деятельности используются различные виды информации с ограниченным доступом, среди которых наиболее распространенными являются: банковская тайна, коммерческая тайна, персональные данные. В рамках настоящего исследования интерес представляет анализ правового режима банковской тайны и выявление его некоторых особенностей.

Если рассматривать банковскую тайну с точки зрения публичных правоотношений, то она представляет собой специальный отраслевой правовой режим конфиденциальной информации, являющийся одним из элементов обеспечения стабильности банковской системы и денежно-кредитной политики государства.

Банковская тайна в частноправовых правоотношениях понимается как особый правовой режим информации о клиентах, определенной законом, которая стала известна банку в силу осуществления им профессиональной банковской деятельности. Указанный правовой режим обязывает банк не разглашать полученные сведения, а также определяет порядок и условия предоставления банком указанной информации третьим лицам без согласия своих клиентов[796].

Правовой режим банковской тайны определен в ст. 857 Гражданского кодекса Российской Федерации[797] и ст. 26 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности»[798] (далее — Закон о банках). В указанных статьях

[796] *Ефимова Л.Г.* Банковское право. Учебное и практическое пособие. М.: Изд-во БЕК, 1994. С. 94.

[797] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 года № 14-ФЗ (с изм. и доп. от 29.07.2018 г. № 225-ФЗ) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410; 2018. № 31. Ст. 4814.

[798] Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (с изм. и доп. от 03.08.2018 г. № 322-ФЗ) // СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492; 2018. № 32. (ч. II). Ст. 5115.

правовой режим банковской тайны представляет собой обязанность кредитной организации, Банка России, Агентства по страхованию вкладов гарантировать тайну об операциях, о счетах и вкладах своих клиентов и корреспондентов. Обязанность обеспечения конфиденциальности информации, а именно, банковской тайны и иных сведений, распространяется также на служащих кредитной организации.

Исходя из указанных положений законодательства, становится совершенно ясным тот факт, что перечень сведений, составляющих банковскую тайну, определен. Такая позиция законодателя представляется обоснованной, поскольку направлена на защиту прав и интересов не только участников банковских правоотношений, но и на обеспечение стабильности финансового рынка в целом.

Применительно к распространению информации, составляющей банковскую тайну, законодателем установлен перечень лиц, которым она может быть предоставлена по различным основаниям (ст. 26 Закона о банках). Установленный перечень лиц является важным элементом правового режима банковской тайны. Данное обстоятельство порождает в правовой литературе устойчивую позицию теоретиков, как об открытости банковской тайны[799], так и о её неправомерном распространении[800]. Учитывая, что перечень лиц, поименованных в ст. 26 Закона о банках, постоянно расширяется, данная проблема порождает все большие споры, как в теории, так и в практической деятельности. Например, обладатель информации может обратиться в суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконных решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должност-

[799] *Кузнец И.М., Айдаева Д.З.* Автоматический обмен информацией о финансовых счетах: глобальный конец банковской тайны? // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2015. № 4. С. 36–46; Смерть банковской тайны? / Турбанов А., Курбатов А., Жаворонков А. и др. // Закон. 2014. № 10. С. 19–25.

[800] *Фаткина Е.В.* Передача долга для взыскания коллектору: проблемы соблюдения банковской тайны // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 7. С. 95–100.

ных лиц, если полагает, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствует закону или иному нормативному правовому акту и нарушает их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагает на него какие-либо обязанности, создает иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности (ч. 1 ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации[801]). Поэтому взаимосвязь обеспечения прав и законных интересов обладателя информации тесно связана с ответственностью лиц, которым она стала известной или может стать известной в силу различных оснований.

В данном случае будет показательным следующий пример из судебно-арбитражной практики, иллюстрирующий сложность доказывания и применения норм материального права при разрешении спора в случае истребования информации, составляющей банковскую тайну.

Кредитная организация обратилась в суд с заявлениями к антимонопольному органу о признании незаконными действий по истребованию информации о движении денежных средств по открытым и закрытым счетам клиента банка в рамках дела об административном правонарушении, а также привлечении к административной ответственности по ч. 5 ст. 19.8 КоАП[802].

[801] Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (с изм. и доп. от 25.12.2018 г. № 485-ФЗ) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012; 2018. № 53 (ч. I). Ст. 8411. Помимо этого, см. разъяснения в Определении Конституционного Суда РФ от 14 мая 2015 г. № 1076-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «АРГУС-СПЕКТР» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 5 части 2 статьи 39 Федерального закона «О защите конкуренции» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2015. № 4; Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 01.08.2016 г. № Ф01-2908/2016 по делу № А79-2293/2015 «О признании незаконными действий (бездействия) антимонопольного органа» // Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».

[802] Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (с изм. и доп. от 06.02.2019 г. № 7-ФЗ) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1; 2019. № 6. Ст. 465.

Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации (далее — Коллегия) установила, что применение ст. 25 Закона о защите конкуренции к данному спору не применима, как и административная ответственность, в силу отсутствия такого правонарушения. К существу рассмотрения спора, по мнению Коллегии, относятся положения ч. 6 ст. 44 Закона о защите конкуренции, согласно которой антимонопольный орган вправе запрашивать сведения, составляющие государственную, банковскую, коммерческую тайны или об иной охраняемой законом тайне. Несмотря на это, при разрешении данного спора была применена ст. 26 Закона о банках, в которой также определен перечень лиц, которым могут быть предоставлены сведения, содержащие банковскую тайну. Орган антимонопольной службы в данный перечень не включен. При этом Коллегией было отмечено, что ст. 26 Закона о банках корреспондирует со ст. 25 Закона о защите конкуренции. В ч. 1 ст. 25 Закона о защите конкуренции поименованы документы, составляющие банковскую тайну, которые должны быть представлены в антимонопольный орган по его мотивированному требованию ввиду *отсутствия у антимонопольного органа права запрашивать такие документы* на основании ч. 6 ст. 44 Закона о защите конкуренции *в силу ограничений*, установленных ст. 26 Закона о банках. Для решения данного спора Коллегия обратила внимание на следующие положения законодательства:

— Центральный банк Российской Федерации (далее — Банк России) обязан представлять в антимонопольный орган по письменному запросу этого органа принятые Банком России нормативные акты, а также информацию (**за исключением банковской тайны** — выделено автором), необходимую для проведения федеральным антимонопольным органом анализа состояния конкуренции на рынке услуг (ч. 2 ст. 25 Закона о защите конкуренции);
— банковская тайна не представляется в антимонопольные органы на основании п. 3 ст. 25 Закона о защите конкуренции;
— п. 6 ст. 44 Закона о защите конкуренции, согласно которому антимонопольный орган обладает правом запросить у

кредитной организации с соблюдением требований законодательства Российской Федерации о государственной, банковской, коммерческой или об иной охраняемой законом тайне документы, сведения, пояснения в письменной или устной форме, связанные с обстоятельствами, изложенными в заявлении или материалах;

— ст. 26 Закона о банках не содержит в себе положений о предоставлении сведений, составляющих банковскую тайну, антимонопольному органу.

Следовательно, исходя из перечисленных норм ст. 25, ч. 6 ст. 44 Закона о защите конкуренции, ст. 26 Закона о банках, законодатель не обязывает кредитную организацию представлять банковскую тайну по мотивированному требованию антимонопольному органу. Положение п. 6 ст. 44 Закона о защите конкуренции следует понимать следующим образом: под иной охраняемой законом тайной законодатель говорит не о правовом режиме банковской тайны, а о правовом режиме служебной тайны. Таким образом, Коллегия отменила решения суда первой и второй инстанции, так как у кредитной организации отсутствовала обязанность исполнять запрос антимонопольного органа о представлении сведений в отношении общества, содержащих банковскую тайну, и в действиях банка отсутствует состав административного правонарушения, ответственность за которое установлена ч. 5 ст. 19.8 КоАП РФ[803].

В данном деле идет речь о совокупности норм, где с одной стороны, подлежит применению ст. 26 Закона о банках, содержащая закрытый перечень лиц, которым могут быть предоставлены сведения, составляющие банковскую тайну, и антимонопольный орган к данному перечню не относится, а с другой стороны, п. 6 ст. 44 Закона о защите конкуренции, где антимонопольному органу предоставлено право запрашивать у кредитной организации соответствующие сведения, составляющие банковскую тайну. На основании указанных норм Коллегией

[803] Определение Верховного Суда РФ от 1 февраля 2019 г. № 305-АД18-18535 по делу № А40-199212/2017 // Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».

была установлена приоритетность норм банковского законодательства над нормами Закона о защите конкуренции.

Вопросы конфиденциальности информации, предоставленной кредитной организации обладателем информации, порождает многочисленные споры и обращения клиентов кредитных организаций в Банк России и Минэкономразвития. Например, в случае соблюдения правового режима банковской тайны при выдаче банком независимой гарантии и заключении договора факторинга указанные сведения не могут быть отнесены к банковской тайне[804]. Также к банковской тайне не относится раскрытая информация:

- о потребителе при совершении уступки права требования по кредитному договору[805];
- о предоставлении кредитной организацией сведений, составляющих содержание кредитной истории в бюро кредитной истории, (согласно ст. 6, п. 6 ст. 5 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 218-ФЗ «О кредитных историях»[806]);
- о предоставлении информации в Росфинмониторинг организациями, осуществляющими операции с денежными средствами и личным имуществом, их руководителями и работниками сведений об операциях, которая не является нарушением служебной, банковской, налоговой, коммерче-

[804] Письмо Банка России от 29 сентября 2016 г. № 012-31-2/7790 «О соблюдении банковской тайны при выдаче банком независимой гарантии и заключении договора факторинга» // Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс»; Письмо Минэкономразвития России от 8 ноября 2016 г. № Д22и-1243 «Вопрос: О внесении сведений о независимой гарантии и договоре факторинга в Единый федеральный реестр сведений о фактах деятельности юридических лиц» // Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».

[805] Постановление ФАС Дальневосточного округа от 20.09.2012 г. № Ф03-4238/2012 по делу № А04-421/2012. Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс»; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 10.01.2012 г. по делу № А56-19799/2011 // Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».

[806] Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 218-ФЗ «О кредитных историях» (с изм. и доп. от 03.08.2018 г. № 327-ФЗ) // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 44; 2018. № 32 (ч. II). Ст. 5120.

ской тайны и тайны связи (п. 6 ст. 7 Федерального закона от 07 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»[807]);

— о предоставлении сведений по запросу налогового органа о клиентах, выгодоприобретателях и иных лицах, прямо или косвенно их контролирующих (налоговые резиденты иностранных государств или территорий), включая и иную информацию, которая содержится в заключенном договоре между клиентом и кредитной организацией (ст. 142.2, 142.4 Налогового кодекса Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ[808]) и др.

Таким образом, законодателем определен порядок передачи кредитной организацией банковской тайны уполномоченным органам, указанным в ст. 26 Закона о банках, а особенностью данной передачи заключается то, что правовой режим банковской тайны, например, для служащих налоговой инспекции является уже налоговой тайной (ст. 102 Налогового кодекса Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ[809]). Также на весь перечень лиц, указанных в ст. 26 Закона о банках, распространяется режим конфиденциальности информации, составляющей банковскую тайну.

Из перечисленных выше положений действующего законодательства можно сделать несколько выводов:

— предоставление в регистрирующий орган информации, составляющей банковскую тайну, является для кредитной организации обязанностью, предусмотренной действующим

[807] Федеральный закон от 07 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» (с изм. и доп. от 23.04.2018 г. № 90-ФЗ) // СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. I). Ст. 3418; 2018. № 18. Ст. 2560.

[808] Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ (с изм. и доп. от 27.12.2018 г. № 546-ФЗ) // СЗ РФ. № 31. 1998. Ст. 3824; 2018. № 53 (ч. I). Ст. 8472.

[809] Налоговый кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ (с изм. и доп. от 27.12.2018 г. № 546-ФЗ) // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824; 2018. № 53 (ч. I). Ст. 8472.

законодательством, а для регистрирующего органа предоставленная информация обладает правовым режимом налоговой, служебной или иной тайны; то есть происходит своего рода трансформация правового режима банковской тайны в правовые режимы иных видов тайн;
— банковская тайна переданная перечню лиц, указанных в ст. 26 Закона о банках, может представлять собой иной вид ограниченной информации; для иных участников рынка и лиц, которым данная информация не предоставлена, банковская тайна сохраняет свой правовой режим конфиденциальности, со всеми вытекающими последствиями при ее незаконном распространении;
— включение организаций и уполномоченных органов в перечень субъектов, которые могут получать от кредитных организаций справки по операциям и счетам, поименованным в ст. 26 Закона о банках, в большей степени говорит о наличии инфраструктуры банковского рынка, а не о распространении сведений, составляющих банковскую тайну данным субъектам, и отсутствии правового режима банковской тайны;
— спецификой правового регулирования банковской тайны является ее распространение лицам и организациям, установленным ст. 26 Закона о банках, согласно которой правовой режим банковской тайны трансформируется в иной вид конфиденциальной информации (или тайны — для автора данного исследования это равнозначные понятия) и подлежит защите.

Библиография:

1. *Венгеров А.Б.* Информационные отношения в управлении народным хозяйством как объект правового регулирования // Ученые записки ВНИИСЗ. 1973. Вып. 29. С. 50.
2. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые вопросы / Монография. М.: Юристъ, 2005.

3. *Ефимова Л.Г.* Банковское право. Учебное и практическое пособие. М.: Изд-во БЕК, 1994.
4. *Кузнец И.М., Айдаева Д.З.* Автоматический обмен информацией о финансовых счетах: глобальный конец банковской тайны? // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2015. № 4.
5. Смерть банковской тайны? / Турбанов А., Курбатов А., Жаворонков А. и др. // Закон. 2014. № 10. С. 19–25.
6. *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмалян А.М.* Банковское право Российской Федерации. Учебник / под ред. Б.Н. Топорнина. М.: Юристъ, 2002.
7. *Фаткина Е.В.* Передача долга для взыскания коллектору: проблемы соблюдения банковской тайны // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 7.
8. *Якобсон Л.И.* Государственный сектор экономики: экономическая теория и политика. М.: Государственный университет Высшая школа экономики, 2000.
9. *Яковлев В.Ф.* Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М.: РИЦ ИСПИ РАН, 2000.

3.17. Правовые стимулы активизации инвестиционной деятельности: российский и зарубежный опыт

Аннотация. В статье анализируется российский и зарубежный опыт внедрения правовых стимулов и ограничений в рамках реализации государственной инвестиционной политики, выявляются основные тенденции на международном рынке инвестиций и особенности использования правовых стимулов в инвестиционной сфере в Российской Федерации.
Ключевые слова: государственная инвестиционная политика, государственное регулирование экономики, государственная поддержка, правовые стимулы, государственно-частное партнерство, приоритетный инвестиционный проект, специальный инвестиционный контракт.

Annotation. The article analyzes the Russian and foreign experience in the implementation of legal incentives and restrictions in the framework of the state investment policy, identifies the main trends in the international investment market and features of the use of legal incentives in the investment sphere in the Russian Federation.
Keywords: state investment policy, state regulation of the economy, state support, legal incentives, public-private partnership, priority investment project, special investment contract.

Экономическое развитие любой страны характеризуется периодически сменяющими друг друга спадом или подъемом инвестиционной активности. Во избежание финансовых кризисов в периоды стагнации, реформирования или модернизации экономики необходимо государственное регулирование в инвестиционной сфере, которое бы позволило эффективно перераспределять движение капиталов в рамках продуманной государственной инвестиционной политики. Существование объективной необходимости государственного регулирования рыночной экономики, которая выражается в праве и обязанно-

сти государства в лице его органов осуществлять государственное воздействие на рыночную экономику и предпринимательство с учетом особенностей соответствующего этапа развития экономики и общества, в соответствии с целями и задачами, стоящими перед обществом, обосновано в работах Е.П. Губина[810].

Правовое обеспечение государственной инвестиционной политики для достижения целей устойчивого развития экономики и установления баланса частных и публичных интересов требует выработки системы правовых стимулов и ограничений, которые бы позволили активизировать инвестиционную деятельность, когда в этом есть необходимость в интересах государства и общества.

В научной литературе правовой стимул определяется как мотив, осознанное побуждение к действию (или воздержанию от действий), имеющему правовое значение, а правовое стимулирование — как процесс воздействия правовых средств на волю, сознание, интересы индивида[811]. А.В. Малько под правовым стимулом понимает правовое побуждение к законопослушному поведению, создающее режим благоприятствования для удовлетворения собственных интересов субъекта, при этом правовые стимулы, по мнению ученого, основываются на свободе выбора, взаимной выгоде (личности и общества) и позитивно-созидательных началах[812]. М.Н. Дракина указывает, что стимул — это то, что посредством воздействия на интересы субъекта или условия реализации его интересов способствует выполнению им возложенных на него обязанностей либо проявлению активности в определенном направлении[813]. Таким образом, в

[810] См.: *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. 431 с.

[811] См.: *Мирошник С.В.* Правовые стимулы в российском законодательстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 1997.

[812] *Малько А.В.* Стимулы и ограничения в праве. Саратов, 1994. С. 43.

[813] См.: *Дракина М.Н.* К вопросу о соотношении понятий «поощрение» и «стимулирование» в юридической науке // Юридическое образование и наука. 2008. N 1. С. 5–9.

научной литературе подчеркивается, что в рамках применения мер стимулирующего характера потенциальный субъект получения таких мер самостоятельно принимает решение об осуществлении поощряемого вида поведения или воздержании от него. Следовательно, ***в отношении правовых стимулов речь идет исключительно о косвенных методах государственного регулирования.*** Отметим, что в рыночной экономике не предусмотрена возможность решения проблемы привлечения частных инвестиций в инвестиционные проекты, направленные на реализацию публичных интересов, методами прямого государственного регулирования, так как частные инвесторы свободны в выборе объектов своих инвестиций. Однако использование косвенных методов государственного регулирования для создания благоприятного инвестиционного климата посредством реализации тщательно спланированной инвестиционной политики государства может решить проблему финансирования приоритетных направлений экономического развития страны.

В научной литературе правовой стимул рассматривается во взаимосвязи с парной категорией правового ограничения, которая определяется как правовое сдерживание противозаконного деяния, создающее условие для удовлетворения интересов контрсубъекта и общественных интересов в охране и защите[814]. Правовые ограничения, в отличие от правовых стимулов, относятся к прямым методам государственного регулирования и применяются в инвестиционной сфере намного реже, чем стимулы, и главным образом для защиты национальных интересов государства. Сами по себе правовые ограничения не могут служить цели активизации инвестиционной деятельности, напротив, они зачастую сдерживают ее развитие, однако ***грамотно сбалансированная система правовых стимулов и ограничений приведет к достижению наилучшего результата.***

[814] См.: *Матузов Н.И., Малько А.В.* Правовое стимулирование в условиях становления рыночных отношений // Государство и право. 1995. № 4. С. 11–19.

Представляется, что для эффективной активизации инвестиционной деятельности необходимо предусмотреть целостную систему правовых стимулов и ограничений в инвестиционной сфере в рамках закрепления в праве государственной инвестиционной политики, которая представляет собой направленную на обеспечение баланса публичных и частных интересов деятельность государственных органов и саморегулируемых организаций по определению посредством закрепления в праве целей и принципов государственного управления, а также методов и форм государственного регулирования на рынке инвестиций с указанием источников привлечения (как государственных, так и частных) и приоритетных направлений вложения инвестиций на определенный прогнозный период, а также деятельность по созданию мер государственной поддержки приоритетных инвестиционных проектов. Государственная инвестиционная политика является частью государственной экономической политики.

Как указывает Е.П. Губин, реализация государственной экономической политики происходит посредством государственного регулирования экономики с использованием специальных средств, форм и методов[815]. Как было отмечено ранее, в инвестиционной сфере используются как прямые, так и косвенные методы государственного регулирования, а также широкий арсенал правовых форм и средств, которые включают в себя не только правовые стимулы и ограничения, но также и специальные правовые режимы, способы защиты прав инвесторов, гарантии прав инвесторов, ответственность и т. д. Правовые стимулы в качестве мер поощрения представляют собой конкретное благо, предоставляемое и гарантируемое государством с целью стимулирования, побуждения субъекта права к общественно полезному активному варианту поведения[816], и этим они отличаются от

[815] См.: *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005. С. 32.

[816] См.: *Дракина М.Н.* К вопросу о соотношении понятий «поощрение» и «стимулирование» в юридической науке // Юридическое образование и наука. 2008. № 1. С. 5–9.

других инструментов государственной инвестиционной политики. Иными словами, стимулы не понуждают к действию, но создают благоприятные условия для его осуществления, в том числе оказывают влияние на оценку благоприятности инвестиционного климата.

Международный опыт показывает[817], что 70 % стран предлагают правовые стимулы в инвестиционной сфере для конкретных секторов экономики. В качестве примера для Российской Федерации можно привести специальный инвестиционный контракт как предусматривающий целый набор стимулов для заключившего его инвестора в сфере промышленности в соответствии с Федеральным законом от 31 декабря 2014 г. № 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации»[818].

70 % государств предлагают региональные стимулы, направленные на содействие экономическому развитию сельских или слаборазвитых районов. В Российской Федерации в качестве примера закрепления таких стимулов в праве можно привести Федеральный закон от 29 декабря 2014 г. № 473-ФЗ «О территориях опережающего социально-экономического развития в Российской Федерации»[819].

85 % стран предлагают полный или частичный налоговый отпуск или снижение налоговой ставки для конкретных видов деятельности. В Российской Федерации налоговое регулирование является одним из наиболее эффективных направлений государственного регулирования в инвестиционной сфере. Указанное направление включает в себя целую группу правовых стимулов: инвестиционный налоговый вычет, инвестиционный налоговый кредит, налоговые каникулы, сниженные ставки, региональный инвестиционный проект и др. Налоговая льгота непосредственно соотносится с правовой льготой, которая выражается в предоставлении каких-либо преимуществ

---

[817] *Tuomi K.* Working paper. Review of Investment Incentives Best Practice in Attracting Investment. 2012. URL: https://www.theigc.org/wp-content/uploads/2014/09/Tuomi-2012-Working-Paper.pdf

[818] СЗ РФ. 2015. № 1 (часть I). Ст. 41.

[819] СЗ РФ. 2015. № 1 (часть I). Ст. 26.

или частичном освобождении от выполнения обязанностей, или обеспечении условий их выполнения, стимулируя тем самым конкретное поведение лиц[820]. Льготирование служит эффективным инструментарием в достижении конструктивного компромисса между потребностями индивидуума и общества в целом, позволяет рационально сочетать частные и публичные интересы[821].

Одной из важнейших мер государственной поддержки инвестиций является предоставление субсидий для реализации инвестиционных проектов. Субсидии могут выделяться, например, на возмещение части процентной ставки по инвестиционным кредитам (займам) в агропромышленном комплексе, компенсацию части затрат, связанных с реализацией инвестиционных проектов, на осуществление приоритетных проектов в определенных регионах, финансовое обеспечение затрат на создание и/или реконструкцию объектов инфраструктуры[822] и т. д. Необходимо подчеркнуть целевой характер субсидий, при этом оценка достижения цели в новых условиях осуществляется не столько исходя из соблюдения конкретных направлений вложения бюджетных средств, сколько из достижения ожидаемого публично значимого результата в процессе их использования[823].

---

[820] См.: *Малько А.В.* Стимулы и ограничения в праве. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2004.

[821] *Криницкий И.Е.* Налоговые льготы: современные проблемы определения и классификации // Очерки налогово-правовой науки современности: Монография / под общ. ред. Е.Ю. Грачевой и Н.П. Кучерявенко. Москва — Харьков: Право, 2013. С. 650.

[822] Например, Постановление Правительства РФ от 15.03.2016 № 194 «Об утверждении Правил предоставления субсидий из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации на софинансирование расходов по возмещению части затрат на реализацию инвестиционных проектов по модернизации и развитию промышленных предприятий» // СЗ РФ. 2016. № 12. Ст. 1673.

[823] См.: *Кустова М.В.* Проблемы правового регулирования субсидий как инструмента финансового обеспечения публично-частного партнерства // Закон. 2013. № 3. С. 119–125.

Государственные меры поддержки в проекты государственно-частного партнерства предоставляются также за счет средств Инвестиционного фонда Российской Федерации (ст. 179.2 БК РФ), который был создан как особый правовой институт бюджета, предназначенный для целей финансирования инвестиционных проектов[824]. При этом цель фонда достигается с помощью механизмов государственно-частного партнерства, а не льгот или преференций[825]. Бюджетные ассигнования Инвестиционного фонда РФ предоставляются исключительно для финансирования создания и/или развития объектов капитального строительства транспортной, энергетической и инженерной инфраструктуры, а также для реализации концессионных проектов.

В зарубежных аналитических документах отмечается, что в последнее время государственная инвестиционная политика большинства зарубежных государств была направлена на либерализацию инвестиционного законодательства. Так, Бразилия разрешила вложение иностранных инвестиций в сферу здравоохранения, где ранее они были запрещены[826]; на Мальдивах был принят закон, отменивший запрет на иностранную собственность на земельные участки[827]; Мьянма на законодательном уровне сняла ограничение на добычу полезных ископаемых иностранными инвесторами[828]; Индонезия ввела процедуру получения лицензии в течение трех часов для инвесторов, капиталовложения которых превышали определенную сумму[829]. ***Таким образом, в отношении государственной инвестиционной***

[824] См.: *Терехова Е.В.* Инвестиционное право: публично-правовые начала: учебное пособие. М.: РГУП, 2015.

[825] См.: Бюджетное право: Учебник / Под ред. Н.А. Саттаровой. М., 2009. С. 55.

[826] *Guilherme S.* Hummel Brazil eHealth – Overview, Trends & Opportunities. 2016. URL: https://www.rvo.nl/sites/default/files/2017/01/Brazil%20Healthcare%20-%20Guilherme%20Hummel.pdf

[827] URL: http://investmaldives.gov.mv/downloads/INVEST_MALDIVES.pdf

[828] URL: https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/international/files/dfdl_written_fil_02_23_13.pdf

[829] URL: http://www2.bkpm.go.id/images/uploads/file_siaran_pers/Press_Release_BKPM_13012016_-_Vice-President_Launched_Three-Hours_Investment_Licensing_Service.pdf

политики развивающихся стран наблюдается отказ от правовых ограничений в инвестиционной сфере и облегчение административных процедур для инвесторов.

Новые ограничения в отношении иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики в настоящее время вводят исключительно страны с развитой экономикой. Так, Австралия предприняла попытку установления более жесткого контроля в отношении иностранных инвестиций в сельское хозяйство[830], Польша приняла закон, требующий от иностранных инвесторов получения разрешения правительства на покупку доли в 20 % в хозяйственных обществах, осуществляющих деятельность в стратегических отраслях экономики, в частности, в отрасли телекоммуникации, энергетики, химической промышленности[831]. Приведенные примеры доказывают, что ***общемировой тенденцией является либерализация инвестиционного законодательства, за редким исключением в отношении развитых стран, которые стремятся не только достичь экономического роста, но и защитить национальные интересы в стратегических отраслях экономики в рамках реализации государственной инвестиционной политики.***

Международной тенденцией становится активное совершенствование инвестиционного законодательства с целью увеличения числа правовых стимулов в инвестиционной сфере. Опыт таких стран, как Канада, Ирландия, Маврикий, Южная Корея, Малайзия и Сингапур, доказывает, что правовые стимулы в инвестиционной сфере могут поддерживать устойчивый рост экономики[832]. Расширение мер стимулирующего характера происходит за счет внедрения новых институтов инфраструктуры рынка инвестиций, как например, в случае создания в соот-

---

[830] URL: http://www.nortonrosefulbright.com/files/changes-to-foreign-investment-regulation-in-australia-april-2016-139174.pdf

[831] URL: https://www.export.gov/article?id=Poland-Openness-to-Foreign-Investment

[832] *Perera O.* Rethinking Investment Incentives. 2012. URL: https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/rethinking_investment_incentives.pdf

ветствии с Рамочным законом для иностранных инвестиций Чили Агентства по стимулированию иностранных инвестиций, которое обеспечивает практическую реализацию гарантий, предоставленных инвестору: свободный доступ к валютному рынку, беспрепятственный вывоз капитала и доходов, защиту от дискриминации и т. д.[833] Египет внес поправки в инвестиционное законодательство в отношении создания альтернативных внесудебных форм разрешения инвестиционных споров между инвесторами и государством, что хоть и не является правовым стимулом, но предполагает расширение способов защиты прав инвестора[834]. В Кении был принят Закон об особых экономических зонах, предусматривающий льготный налоговый режим и льготный режим для найма иностранных работников со стороны инвесторов[835]. Гвинея приняла новый инвестиционный кодекс, внедряющий в право целый перечень новых налоговых и таможенных льгот, а также расширяющих правовые средства защиты инвестиций[836]. Анализ международного опыта показывает, что ***Кодекс инвестиционных стимулов становится распространенной формой закрепления в праве государственной инвестиционной политики в таких регионах, как Африка и Азия.***

В качестве тенденции реализации государственной инвестиционной политики зарубежные эксперты выделяют такой инструмент, как приватизация. В последние годы Франция подписала контракт на продажу космической спутниковой стартовой компании, Греция заключила соглашения государственно-частного партнерства, которые привели к приватизации 14 региональных аэропортов, Италия предприняла попытку частичной приватизации почтовой службы[837].

[833] URL: https://investchile.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/NEW-FOREIGN-INVESTMENT-REGIME.pdf

[834] URL: http://amereller.com/wp-content/uploads/2017/01/The-Choice-of-Dispute-Resolution-Mechanism-under-the-Egyptian-Law.pdf

[835] URL: http://www.embassyofkenya.it/SpecialEconomicZonesNo16of2015.pdf

[836] URL: http://images.mofcom.gov.cn/gn/201702/20170216010757369.pdf

[837] Recent policy developments and key issues. URL: http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2016ch3_en.pdf

Активное привлечение частных инвестиций в инвестиционные проекты, осуществляемые в целях реализации публичных интересов, в настоящее время становится важным трендом мирового инвестиционного рынка, что, в частности, обусловливает развитие законодательства о различных формах государственно-частного партнерства. Так, в Российской Федерации был принят Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»[838].

Таким образом, правовые стимулы могут отражать различные инструменты государственной инвестиционной политики и варьироваться от страны к стране. В настоящее время только страны с развитой экономикой могут позволить себе вводить новые ограничения в инвестиционной сфере, которые в основном касаются ограничений для иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики. Страны с развивающимися и переходными экономиками, напротив, стараются отказаться от мер прямого государственного регулирования в форме запретов и ограничений и расширяют число мер стимулирующего характера. Опыт кодификации правовых стимулов в инвестиционной сфере широко представлен в международной практике и свидетельствует об эффективности закрепления государственной инвестиционной политики в такой форме. Вместе с тем необходимость оформления государственной политики в нормативном правовом акте зависит от конкретного периода времени и обусловлена процессами, происходящими в обществе и экономике в такой период. Правовые традиции Российской Федерации не позволяют предлагать кодекс инвестиционных стимулов в нашей стране в современных условиях. Несмотря на то что некоторые ученые говорят о необходимости разработки Инвестиционного кодекса Российской Федерации с целью объединения в одном акте норм, регулирующих весь

[838] СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I). Ст. 4350.

комплекс инвестиционных отношений, установления единых принципов правового регулирования рассматриваемых отношений, закрепления специальных правил, обеспечивающих необходимое сочетание частно- и публично-правовых элементов, устранения противоречий в инвестиционном законодательстве и т. д.[839], идея кодификации инвестиционного законодательства имеет своих противников[840].

Представляется, что говорить о необходимости принятия Инвестиционного кодекса Российской Федерации преждевременно, однако консолидация действующего инвестиционного законодательства обязательна для создания непротиворечивых прозрачных «правил игры» в инвестиционной сфере, что позволит обеспечить благоприятный инвестиционный климат в стране. Для субъектов реализации государственной инвестиционной политики, в качестве которых выступают потенциальный инвестор, финансирующие организации, государственные органы и организации и др., должны быть понятны основания и правовой механизм предоставления мер поощрения, а также возможные препятствия при выборе объектов инвестирования (квотирование в банковской и страховой сфере для иностранного капитала, ограничения на иностранные инвестиции в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обороноспособности страны и безопасности государства, и др.).

В этой связи предлагается принять акт формализации государственной инвестиционной политики, содержащий цели и задачи государственной инвестиционной политики, которые обусловливаются фактическим состоянием экономики в теку-

[839] См.: *Лисица В.Н.* Правовое регулирование инвестиционных отношений: теория, законодательство и практика применения: монография; Рос. акад. наук, Ин-т философии и права СО РАН; М-во образования и науки РФ, Новосибирский гос. ун-т. Новосибирск, 2011; *Кропотов Л.Г.* Коммерческие инвестиции в объекты капитального строительства: правовое регулирование. М.: Инфотропик Медиа, 2012.

[840] См.: *Майфат А.В.* Гражданско-правовые конструкции инвестирования: автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2006.

щий момент времени и должны определяться на основе прогнозных оценок инвестиционных и ресурсных возможностей государства. Представляется, что государственная инвестиционная политика должна быть направлена на активизацию инвестиционных процессов, обеспечение устойчивого развития экономики, создание и обеспечение эффективного функционирования механизмов привлечения иностранных инвестиций. В качестве задач государственной инвестиционной политики можно обозначить демонополизацию экономики на принципах государственно-частного партнерства, реализацию приоритетных инвестиционных проектов, направленных на модернизацию инфраструктуры и внедрение инноваций и высоких технологий и др.

Наряду с целями и задачами в соответствующей сфере экономики государственная инвестиционная политика должна также содержать правовые средства, необходимые для реализации поставленных целей, в том числе в отношении государственно-частного партнерства, проектного финансирования и др. В нормативном акте, посвященном государственной инвестиционной политике, также необходимо закрепить ее цели и задачи, принципы ее реализации, а также систему средств государственного регулирования в той сфере, в которой планируется осуществление государственной инвестиционной политики. Кроме того, в документе должны быть определены потенциальные источники привлечения инвестиций, как государственных, так и частных, приоритетные направления вложения привлеченных средств, а также меры государственной поддержки инвесторов. Правовыми стимулами активизации инвестиционной деятельности в обозначенном документе должны стать налоговые льготы, субсидии, государственные гарантии, государственные и муниципальные преференции, создание инфраструктуры рынка инвестиций, которая должна служить целям активизации инвестиционной деятельности и т. д.

Библиография:

1. *Губин Е.П.* Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М., 2005.
2. *Кропотов Л.Г.* Коммерческие инвестиции в объекты капитального строительства: правовое регулирование. М.: Инфотропик Медиа, 2012.
3. *Майфат А.В.* Гражданско-правовые конструкции инвестирования: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2006.
4. *Мирошник С.В.* Правовые стимулы в российском законодательстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 1997.
5. *Малько А.В.* Стимулы и ограничения в праве. Саратов, 1994.

3.18. Государственное регулирование рынка ценных бумаг: основы теоретического подхода

Аннотация. В статье рассматриваются особенности государственного воздействия на рынок ценных бумаг. Ключевой проблемой является необходимость соблюдения баланса частных и публичных интересов. Однако на данный момент в отечественном законодательстве по-прежнему существует проблема закрепления целей и принципов государственного регулирования. Между тем неэффективная модель государственного воздействия негативно проявляется в финансовый кризис, когда принимаемые нормативно-правовые акты уже не способны урегулировать проблемы.
Ключевые слова: рынок ценных бумаг, финансовый рынок, государственное регулирование, финансовый кризис.

Annotation. The article discusses the features of the state impact on the securities market. A key issue is the need to strike a balance between private and public interests. However, at the moment there is still a problem of fixing the goals and principles of state regulation in the domestic legislation. Meanwhile, an ineffective model of state influence is negatively manifested in the financial crisis, when the adopted normative legal acts are no longer able to resolve the problems.
Keywords: securities market, financial market, State regulation, financial crisis.

Глубокое изучение вопроса о понятиях и функциях государственного регулирования на рынке ценных бумаг было бы невозможным без основополагающих идей Е.П. Губина. Всем нам хорошо известно, что само по себе государственное регулирование является важным элементом управления экономикой. Сложно себе представить экономическую модель, в которой не было бы места государственному регулирующему воздействию. Е.П. Губин совершенно справедливо заметил, что *объективная необходимость* государственного регулирования рыночных отношений проистекает из ограниченности возможностей рынка

в производстве общественных товаров, что и является основным побудительным мотивом в деятельности государства в сфере экономики, а также из наличия негативных последствий функционирования рыночной экономики[841].

Ученые, изучающие различные аспекты экономических процессов, как правило, *не отрицают необходимости воздействия на них со стороны государства*. Основной упор делается на степени и методах такого воздействия. Речь может идти либо *об увеличении активности государства в сфере управления экономикой* (Джон Кейнс), либо *об увеличении роли частного сектора в направлении воздействия на экономические процессы* (Милтон Фридман и другие представители Чикагской экономической школы)[842].

Традиционно необходимость государственного регулирования объясняется т. н. концепцией «провала рынка» (market failure), исходя из которой чисто рыночные механизмы не в состоянии добиться результатов, которые соответствовали бы публичным интересам[843].

Фондовый рынок уже давно является точкой преткновения различных подходов по вопросу государственного регулирования экономики. Новые способы осуществления торговли, ранее неизвестные рынку разновидности ценных бумаг, особенности совершения сделок — все это порождало ожесточенные споры о необходимости государственного вмешательства. Правда, первые шаги государства заключались не в регулировании новых отношений, а в их запрете, как, например, в случае со срочными сделками. Лишь намного позже приходит осознание важности ***не запрета**, а **тщательного регулирования** происходящих на рынке процессов.*

[841] Предпринимательское право Российской Федерации: учебник. М., 2010. С. 387.

[842] The Political Economy of Financial Market Regulation: The Dynamics of Inclusion And Exclusion / ed. by P. Mooslechner, H. Schuberth, B. Weber. Edward Elgar Pub, 2006. P. 173.

[843] *Baldwin R., Cave M., Lodge M.* Understanding regulation. Theory, Strategy and Practice. Oxford University Press, 2012. P. 15.

Понятие ***государственного регулирования экономики*** совершенно справедливо обозначено Е.П. Губиным как деятельность государства в лице его органов, направленная на реализацию государственной экономической политики с использованием специальных средств, форм и методов[844].

Многие исследователи не до конца осознают цели государственного регулирования. Например, С.Н. Шишкин полагает, что ***целью государственного регулирования*** экономики является обеспечение реализации и защита публичных интересов. Что очень важно, ведь без государственного вмешательства в экономику невозможно обеспечить гарантии прав и свобод человека и гражданина, закрепленные Конституцией РФ[845]. Однако в данном подходе совсем не учитываются частные интересы. Государственное регулирование экономики вряд ли можно признать эффективным, если игнорируются интересы субъектов предпринимательской деятельности. Вот почему более подходящим следует признать следующую цель государственного регулирования экономики: *нахождение баланса между необходимостью обеспечения реализации и защиты публичных интересов, с одной стороны, и частных — с другой*. Именно поэтому Е.П. Губин особенно отмечает, что не менее важной задачей государственного регулирования является защита частных интересов, сочетание частных и публичных интересов для достижения целей государственного регулирования[846]. В нормативных актах можно встретить следующее обозначение данного подхода: *установление оптимального уровня регулирования*[847].

---

[844] Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Норма, ИНФРА-М. 2017 // СПС «КонсультантПлюс».

[845] *Шишкин С.Н.* Государственное регулирование экономики: предпринимательско-правовой аспект. М., 2007. С. 4.

[846] *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис. … д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 50

[847] Часть 4 раздела II Концепции развития рынка ценных бумаг, утв. Указом Президента РФ от 01.07.1996 № 1008 (ред. от 16.10.2000) «Об утверждении Концепции развития рынка ценных бумаг в Российской Федерации».

Изучая особенности ***государственного регулирования экономики***, необходимо уточнить вопросы, связанные с толкованием терминов, так или иначе используемых при рассмотрении данного вопроса.

Как правильно отмечает Е.П. Губин, сравнивая термины *государственное регулирование, управление и воздействие*, термин *управление* следует рассматривать как более широкую категорию, чем регулирование, и, следовательно, государственное управление — как более широкую категорию по сравнению с государственным регулированием.

Что касается категории воздействия, в том числе и государственного воздействия, это также следует рассматривать как более широкое явление по сравнению с государственным регулированием. Воздействие осуществляется не только путем регулирования, но в результате, например, координации, контроля и т. д.[848]

Со своей стороны, И.М. Лифшиц, анализируя законодательство различных стран, констатирует, что правовое регулирование, понимаемое им как организующее, упорядочивающее воздействие, осуществляемое посредством установления и применения правовых норм, намного шире по значению, чем английское слово *regulation*. Это связано с тем, что последнее, скорее, означает только регламентацию какой-либо деятельности путем установления норм. При этом, рассматривая процесс регулирующего властного воздействия на определенные отношения, следует присовокупить к регламентации (regulation) следующие моменты:

— надзор (supervision) применительно к сфере финансовых рынков — деятельность специально уполномоченного государственного или интеграционного органа по выдаче участникам рынка разрешений на занятие определенными видами профессиональной деятельности, в том числе на разовые акции (например, на выпуск ценных бумаг), по наблюдению за участниками рынка на основании периодически представляемой отчетности, результатов проверок в целях выявления соответствия деятель-

[848] *Губин Е.П.* Указ. соч. С. 55.

ности участников рынка установленным нормам; различают банковский, страховой, фондовый надзор;

— меры принудительного характера (enforcement), меры правового принуждения, правопринуждение — меры, принимаемые уполномоченным государственным или интеграционным органом при выявлении правонарушений; это может быть отзыв разрешения на ведение профессиональной деятельности (или обращение в суд с соответствующим иском), привлечение к ответственности[849].

Итак, государственное регулирование на рынке ценных бумаг призвано обеспечить баланс публичных и частных интересов. А это крайне сложная задача. Очевидно, достичь целей регулирования невозможно без простых и ясных целей и принципов регулирования. Давайте рассмотрим, как это отражается в отечественном законодательстве.

Интересно, что принципы государственной политики на отечественном рынке ценных бумаг нашли свое закрепление еще в 1996 г., когда была утверждена *Концепция развития рынка ценных бумаг*. При этом все принципы были закреплены в двух группах:

1. Важнейшие принципы государственной политики на рынке ценных бумаг.

2. Основные принципы государственного регулирования рынка ценных бумаг.

При этом остается неясным, в чем законодатель увидел различие между принципами государственной политики и государственного регулирования.

К ***важнейшим принципам*** относятся следующие:

1) *принцип государственного регулирования рынка ценных бумаг*, основанный на том, что государство, выполняя универсальную функцию по защите граждан, их законных прав и интересов, осуществляет меры по защите прав участников рынка ценных бумаг на основе лицензирования и регулирования всех видов профессиональной деятельности на этом рынке;

---

[849] *Лифшиц И.М.* Правовое регулирование рынка ценных бумаг в Европейском союзе. М., 2012. Электрон. верс. печат. публ. URL: http://base.consultant.ru

2) *принцип единства нормативно-правовой базы, режима и методов регулирования рынка на всей территории Российской Федерации*;

3) *принцип минимального государственного вмешательства и максимального саморегулирования*, который означает, что государство регулирует деятельность субъектов рынка лишь в тех случаях, когда это абсолютно необходимо, и делегирует часть своих нормотворческих и контрольных функций профессиональным операторам рынка ценных бумаг, организованным в саморегулируемые организации;

4) принцип равных возможностей, означающий:

— стимулирование государством конкуренции на рынке ценных бумаг через отсутствие преференций для отдельных его участников;
— равенство всех участников рынка перед органами, осуществляющими его регулирование;
— гласное и конкурсное распределение государственной поддержки различных проектов на рынке;
— отсутствие преимуществ у государственных предприятий, функционирующих на рынке, перед коммерческими[850];
— запрет государственным органам давать публичные оценки профессиональным участникам рынка;
— отказ от государственного регулирования цен на услуги профессиональных участников рынка (кроме компаний-реестродержателей);

5) *принцип преемственности государственной политики на рынке ценных бумаг*, означающий последовательность государственной политики и ее приверженность складывающейся российской модели рынка ценных бумаг;

6) *принцип ориентации на мировой опыт и учета тенденции глобализации финансовых рынков*, означающий следование рекомендациям Группы 30 в целях создания цивилизованного и

[850] Так, в тексте концепции «государственное предприятие» рассматривается не как отдельная организационно-правовая форма осуществления предпринимательской деятельности, а как словосочетание, обозначающее различные юридические лица, созданные государством.

конкурентоспособного рынка ценных бумаг, а также предполагающий разработку взвешенной политики по отношению к иностранным инвесторам и иностранным участникам российского рынка ценных бумаг.

Несложно заметить, что многие из указанных принципов так и не нашли своего выражения в законодательстве, другие просто-напросто были проигнорированы, в том числе в связи с изменением ситуации на рынке.

Например, вряд ли можно говорить о реальной реализации *принципа максимального саморегулирования*, и это не только после негативного опыта финансового кризиса 2008 г., потребовавшего серьезного государственного вмешательства в регулирование рынка. Даже несколько лет спустя после закрепления данного принципа исследователи отмечали, что правовых и экономических возможностей существующих саморегулируемых организаций профессиональных участников рынка в России пока недостаточно для эффективного саморегулирования рынка[851].

Ситуация с *лицензированием профессиональных участников* также сложна и запутанна — вспомним отсутствие ясных и четких критериев отнесения той или иной деятельности к профессиональной. Вряд ли можно согласиться и с тем, что в современных условиях отсутствуют преимущества у государственных предприятий. В особенности, если подойти к данному принципу расширительно, анализируя положение всех юридических лиц, созданных государством, и рассмотреть, например, положение на рынке государственных корпораций.

В частности, ***Внешэкономбанк*** вправе осуществлять на рынке ценных бумаг дилерскую, депозитарную деятельность, кроме того, деятельность по управлению ценными бумагами, а также доверительное управление денежными средствами и иным имуществом, в том числе находящимся в государственной собствен-

[851] *Сизов Ю.С.* Формирование системы государственного регулирования рынка ценных бумаг в России. Московский опыт. М., 1999. С. 84. Электрон. верс. печат. публ. URL: http://www.mirkin.ru

ности[852]. Одновременно с этим упомянутое юридическое лицо наделено правом выпуска не только облигаций, но и иных ценных бумаг[853].

К числу ***основных принципов*** государственного регулирования рынка ценных бумаг Концепция относит:

1) функциональное регулирование в сочетании с институциональным регулированием по вопросам организации контроля и надзора за деятельностью профессиональных участников рынка;

2) использование механизмов саморегулирования рынка, создаваемых при помощи государства и под его контролем;

3) распределение полномочий по регулированию рынка между Российской Федерацией и ее субъектами, а также различными органами исполнительной власти;

4) приоритет в защите мелких инвесторов и населения, всех форм коллективных инвестиций при развитии системы регулирования рынка;

5) приоритет в развитии инфраструктурных организаций;

6) максимальное снижение и разделение рисков;

7) поддержка конкуренции на рынке;

8) предотвращение или частичное снятие конфликтов интересов на основе регулирования вопросов совмещения видов профессиональной деятельности.

К сожалению, данные принципы дублируют те, которые расположены в первой группе, при этом не понятно, как планировалось реализовывать отдельные принципы, например, приоритет в развитии инфраструктурных организаций. В других случаях не совсем ясно, что вкладывалось в то или иное понятие. Как верно заметил Александр Хелгардт (Alexander Hellgardt), рассматривая цели регулирования финансовых рынков, зачастую они выражены чрезмерно широко и нечетко. В качестве примера исследователь приводит «финансовую стабильность» и «целост-

---

852 Пункт 2 ст. 39 Закона о РЦБ, п. 5 ст. 3 Федерального закона от 17.05.2007 № 82-ФЗ «О банке развития».

853 Пункт 2 ч. 3 ст. 3 Федерального закона от 17.05.2007 № 82-ФЗ «О банке развития».

ность рынка». Отмечая, что даже более ясные, на первый взгляд, понятия, как «защита инвесторов», при более тщательном анализе не так однозначны, как кажется вначале: существует множество групп инвесторов — от хедж-фондов до фондов, объединяющих пенсионные накопления граждан[854].

Возможно, учитывая обозначенные проблемы, современные регулирующие органы решили отказаться от конструирования принципов и сконцентрировались на *целях и задачах государственного регулирования*. Например, цель Стратегии развития финансового рынка до 2020 г. обозначена куда более лаконично: формирование конкурентоспособного самостоятельного финансового центра. Для достижения данной цели предполагается решить следующие ***задачи развития финансового рынка:***

1) повышение емкости и прозрачности финансового рынка;

2) обеспечение эффективности рыночной инфраструктуры;

3) формирование благоприятного налогового климата для его участников;

4) совершенствование правового регулирования на финансовом рынке[855].

В статье 38 Закона о рынке ценных бумаг закреплены ***основы государственного регулирования рынка ценных бумаг***. В частности, к ним относятся следующие:

— установление обязательных требований к деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг и ее стандартов;
— государственная регистрация выпусков (дополнительных выпусков) эмиссионных ценных бумаг и проспектов ценных бумаг и контроль над соблюдением эмитентами условий и обязательств, предусмотренных в них;
— лицензирование деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг;

[854] *Hellgardt A.* Comparing Apples and Oranges? Public, Private, Tax and Criminal Law in Financial Markets Regulation // Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance. 2012. No. 04. URL: http://ssrn.com/abstract=2083462

[855] Раздел III Стратегии развития финансового рынка до 2020 года.

— создание системы защиты прав владельцев и контроля над соблюдением их прав эмитентами и профессиональными участниками рынка ценных бумаг;
— запрещение и пресечение деятельности лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность на рынке ценных бумаг без соответствующей лицензии.

В приведенной норме нашли отражение не все, а лишь отдельные направления государственного воздействия на рынок, и это не означает, что государство отказывается от регулирования иных аспектов, связанных с функционированием рынка. К большому сожалению, в законодательстве отсутствует закрепление направленности государственного воздействия на обеспечение баланса публичных и частных интересов.

Эффективность системы государственного регулирования лучше всего проявляется в критические для страны и экономики периоды. Например, во время ***финансового кризиса***. За последние десятилетия Россия пережила несколько потрясений, затронувших финансовую систему, что не могло не отразиться на рынке ценных бумаг.

Одну интересную особенность законодательства, принимаемого сразу же в ответ на финансовый кризис, отметила Роберта Романо (Roberta Romano). Эти наблюдения относятся к США, но справедливы и для других стран, включая Россию. Итак, прежде всего, руководство любого государства ***не может не действовать***, не демонстрировать обществу свое активное стремление изменить основы правового регулирования. Однако это приводит *к снижению эффективности принимаемых нормативных актов* в связи с отсутствием достаточного времени на осмысление произошедшего. Более того, зачастую *в качестве новых законов предлагаются уже давно разработанные проекты, лишь немного исправленные в соответствии с ситуацией!* И самое главное, для того чтобы исправить допущенные в ходе «антикризисного законотворчества» ошибки, требуется очень много времени, законодатель крайне неохотно идет на исправление подобных нормативных актов. В частности, на изменение закона Гласса — Стигола (Glass — Steagall Act) о разделении банков на коммер-

ческие и инвестиционные ушли десятилетия, а на внесение поправок в закон Сарбенса — Оксли (Sarbanes — Oxley Act) в целях вывода из-под его действия небольших компаний — 8 лет[856].

В целом можно сделать вывод, что регулирующие органы во главе с правительством РФ реагировали *достаточно оперативно и эффективно* на возникающие проблемы. В то же время необходимо отметить, что отдельные мероприятия вызывают сомнения в их обоснованности, например, широкомасштабная поддержка курсовой стоимости российских ценных бумаг[857].

Финансовый кризис послужил катализатором дискуссии по вопросам возможных путей изменения системы государственного регулирования различных сегментов финансового рынка не только в России, но и за рубежом. Стало совершенно очевидно, что прежние методы регулирования рынка неприемлемы в новых условиях. При этом все чаще обсуждаются стратегические провалы регулирующих органов, демонстрирующие их неспособность создать систему, способную если не предотвратить финансовый кризис, то хотя бы минимизировать его последствия.

Отдельные исследователи (Annelise Riles) отмечают, что ключевая проблема реформирования системы регулирования финансового рынка заключается в патерналистском стремлении создать структуру с позиции регулятора, а не участников рынка, которые воспринимаются больше как объекты, а не независимые участники возникающих на рынке отношений[858]. Другие ученые (Norman S. Poser), анализируя причины неудач SEC в

[856] Подробнее см.: *Romano R.* Regulating in the Dark // Regulatory Breakdown: The Crisis of Confidence in U.S. Regulation / ed. by C. Coglianese. University of Pennsylvania Press, 2012. P. 304.

[857] Например, известный российский экономист Сергей Гуриев полагает, что покупка акций государством может еще больше обвалить рынок. Его участники воспримут такие действия как сигнал, что правительство не верит, что такие акции нужны кому-нибудь еще. См.: Гуриев С. Мифы экономики: Заблуждения и стереотипы, которые распространяют СМИ и политики. М., 2012. С. 67.

[858] *Riles A.* Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets. University of Chicago Press, 2011. P. 228.

регулировании рынка ценных бумаг, обращают внимание на то, что основное внимание Комиссии в последние десятилетия сместилось с вопроса защиты прав инвесторов на защиту прав эмитентов и инвестиционных компаний[859].

Однако основная проблема системы регулирования рынка ценных бумаг заключается в игнорировании необходимости соблюдения баланса частных и публичных интересов. Очень хочется надеяться, что идеи отечественных правоведов, в частности, Е.П. Губина, еще найдут свое отражение в формировании нового регулятивного ландшафта отечественного рынка ценных бумаг!

Библиография:

1. *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005.
2. *Гуриев С.* Мифы экономики: Заблуждения и стереотипы, которые распространяют СМИ и политики. М., 2012.
3. *Лифшиц И.М.* Правовое регулирование рынка ценных бумаг в Европейском союзе. М., 2012. URL: http://base.consultant.ru
4. Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. М.: Норма, ИНФРА-М, 2017.
5. *Сизов Ю.С.* Формирование системы государственного регулирования рынка ценных бумаг в России. Московский опыт. М., 1999. С. 84. URL: http://www.mirkin.ru
6. *Baldwin R., Cave M., Lodge M.* Understanding regulation. Theory, Strategy and Practice. Oxford University Press, 2012.
7. *Hellgardt A.* Comparing Apples and Oranges? Public, Private, Tax and Criminal Law in Financial Markets Regulation // Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law

[859] *Poser N.S.* Why the SEC Failed: Regulators Against Regulation [Electronic recourse] // Brooklyn Law School Legal Studies Research Paper Series. 2009. No. 132. URL: http://ssrn.com/abstract=1348612

and Public Finance. 2012. No. 04. URL: http://ssrn.com/abstract=2083462
8. *Poser N.S.* Why the SEC Failed: Regulators Against Regulation [Electronic recourse] // Brooklyn Law School Legal Studies Research Paper Series. 2009. No. 132. URL: http://ssrn.com/abstract=1348612
9. *Riles A.* Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets. University of Chicago Press, 2011.
10. *Romano R.* Regulating in the Dark // Regulatory Breakdown: The Crisis of Confidence in U.S. Regulation / ed. by C. Coglianese. University of Pennsylvania Press, 2012.

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО РОССИИ: БИБЛИОГРАФИЯ:

учебно-методическое пособие /
МГУ имени М.В. Ломоносова
отв. ред. д.ю.н., профессор Е.П. Губин,
д.ю.н., профессор Ю.С. Харитонова. —
М.: Юстицинформ, 2019. — 496 с.
ISBN 978-5-7205-1525-6



В учебно-методическом пособии представлена библиография по предпринимательскому праву. Данное издание является первым в своем роде, объединившим литературу по предпринимательскому праву в единой книге. За основу классификации научных трудов взята программа учебного курса «Предпринимательское право России», разработанная кафедрой предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова. В издание вошли монографии, докторские и кандидатские диссертации, научные статьи дореволюционных, советских и современных авторов, которые занимались проблематикой предпринимательского права. Книга поможет преподавателю, научному работнику, студенту либо аспиранту определиться со степенью разработанности темы и выбрать направления будущих научных исследований.

Для студентов, аспирантов, преподавателей юридических вузов, научных сотрудников, работников органов законодательной, исполнительной и судебной власти, а также для всех, кто интересуется развитием предпринимательского права.

Рекомендовано Ученым советом Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова в качестве учебно-методического пособия для студентов, обучающихся по направлению подготовки 40.03.01 Юриспруденция, квалификация Бакалавр, магистрантов, обучающихся по направлению подготовки 40.04.01 Юриспруденция, квалификация Магистр и аспирантов, обучающихся по направлению подготовки 40.06.01 Юриспруденция, квалификация Исследователь. Преподаватель-исследователь.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ РАЗВИТИЯ ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКИ:

монография

коллектив авторов / Московское отделение
Ассоциации юристов России, МГУ имени М.В. Ломоносова,
Ассоциация Российских дипломатов /
отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. —
М.: Юстицинформ, 2019. — 376 с.
ISBN 978-5-7205-1508-9



В настоящей коллективной монографии раскрыты основные правовые механизмы воздействия на экономические отношения, в том числе теоретические проблемы применения принципов и пределов государственного регулирования предпринимательства, соотношения частных и публичных интересов, публичных и корпоративных закупок, взаимосвязи цифровой инфраструктуры и права, а также некоторые вопросы правового регулирования экономической деятельности в зарубежных юрисдикциях.

Книга предназначена для преподавателей, научных и практических работников, работников органов государственной власти, студентов, магистрантов, аспирантов, а также для всех, кто интересуется проблемами предпринимательского права и сравнительного правоведения.

Шиткина И.С.

КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО В ТАБЛИЦАХ И СХЕМАХ

3-е изд., перераб. и доп. —
М.: Юстицинформ, 2017. — 584 с.
ISBN 978-5-7205-1292-7

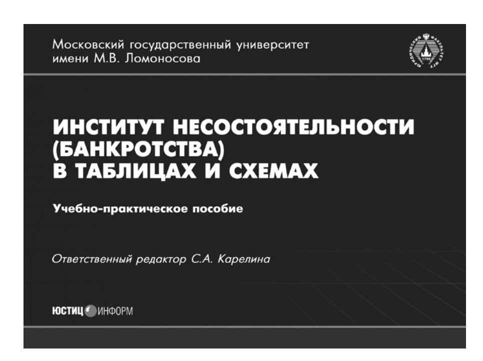


В учебно-методическом пособии в форме структурно-логических схем исследуются корпоративные формы предпринимательства и прежде всего самые распространенные из них — хозяйственные общества (АО, ООО). Рассматриваются проблемы учреждения, реорганизации, ликвидации хозяйственных обществ; имущественной основы их деятельности; корпоративного управления и контроля; прав и обязанностей участников корпораций; правового режима крупных сделок; сделок, в совершении которых имеется заинтересованность; приобретения крупных пакетов акций; ответственности в корпоративных правоотношениях; защиты прав участников корпоративных правоотношений.

Книга предназначена для преподавателей, аспирантов, студентов (бакалавров и магистров) юридических вузов и факультетов, юристов организаций и органов государственной власти, а также для читателей, интересующихся вопросами корпоративного права.

ИНСТИТУТ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВА) В ТАБЛИЦАХ И СХЕМАХ:

учебно-методическое пособие //
отв. ред. С.А. Карелина. —
М.: Юстицинформ, 2019. — 476 с.
ISBN 978-5-7205-1507-2



В учебном пособии в форме структурированных схем и таблиц рассматриваются цели и роль института несостоятельности (банкротства) в рыночной экономике. Исследуются понятие, критерии и признаки несостоятельности (банкротства), основания и порядок инициирования дела о банкротстве, субъектный состав отношений несостоятельности (банкротства), процедуры несостоятельности (банкротства). Анализируются особенности несостоятельности (банкротства) особых категорий должников, таких как: граждане, градообразующие, стратегические предприятия, субъекты естественных монополий, сельскохозяйственные организации, финансовые организации, кредитные организации и т.д.

Данное пособие может быть рекомендовано бакалаврам, магистрантам и аспирантам, специализирующимся в области юриспруденции и экономики, а также практикующим специалистам в сфере несостоятельности (банкротства).

НАУЧНОЕ ИЗДАНИЕ
SCIENTIFIC EDITION

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО: СОВРЕМЕННЫЙ ВЗГЛЯД

Монография

Ответственные редакторы
С.А. Карелина, П.Г. Лахно, И.С. Шиткина

BUSINESS LAW: MODERN VIEW

Monograph

Edited by
S.A. Karelina, P.G. Lakhno, I.S. Shitkina

ИЗДАТЕЛЬСТВО «ЮСТИЦИНФОРМ»
юридическая, экономическая и деловая литература;
журналы «Право и экономика», «Вестник арбитражной практики»,
«Журнал предпринимательского и корпоративного права»
«YUSTITSINFORM» PUBLISHING HOUSE
legal, economic and business literature
magazines «Law and Economics», «Bulletin of arbitration practice»,
«Journal of Entrepreneurship and Corporate Law»

Генеральный директор В.В. Прошин
CEO V.V. Proshin

Подписано в печать 28.03.2019. Формат 60х90/16. Бумага офсетная.
Печ. л. 37,5. Тираж 500 экз.

Signed in print 28.03.2019.
Format 60x90/16. Offset paper. 37,5 printer's sheets.
Print run: 500 copies.

Юстицинформ
119607, г. Москва, ул. Лобачевского, 94, оф. 7. Тел.: (495) 232-12-42
Yustitsinform
119607, Moscow, Lobachevsky st., 94, office 7. Phone number: (495) 232-12-42
http://www.jusinf.ru E-mail: info@jusinf.ru